١/٧ ظ

/ كتاب النِّكاح

النِّكاحُ فى الشَّرْعِ : هو عَقْدُ التَّزوِيجِ ، فعندَ إطْلاقِ لَفْظِه يَنْصَرِفُ إليه ، ما لم يَصْرِفْهُ عنه دَلِيلٌ . وقال القاضى : الأشْبَهُ بأُصْلِنا أنَّه حقيقةٌ فى العَقْدِ والوَطْءِ جميعًا ؛ لقَوْلِنا بتَحْرِيمِ مَوْطُوءَةِ الأبِ من غيرِ تَزْوِيجٍ ، لدُخُولِه فى قولِه تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُواْ مَا نَكَحَ آباؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾[1] . وقيل : بل هو حَقِيقةٌ فى الوَطْءِ ، مَجازٌ فى العَقْدِ ، تقولُ العربُ : أنْكَحْنَا الْفِرَا ، فسَنَرَى . أى أضْرَبْنا فَحْلَ حُمُرِ الوَحْشِ أُمَّه ، فسَنَرَى ما يَتَوَلَّدُ منهما . يُضْرَبُ مثلا للأمْرِ يَجْتَمِعُون عليه ، ثم يَتَفَرَّقونَ[2] عنه[3] . وقال الشاعر :

ومِن أَيِّمٍ قد أنْكَحَتْنا رِماحُنا ... وأُخْرَى على خالٍ وعَمٍّ تَلَهَّفُ[4]

والصَّحِيحُ ما قُلْنا ؛ لأنَّ الأشْهَرَ اسْتِعمالُ لَفْظِةِ النِّكاحِ بإزاءِ العَقْدِ فى الكِتابِ والسُّنَّةِ ولِسانِ أهلِ العُرْفِ . وقد قيل : ليس فى الكتابِ لَفْظُ نِكاحٍ بمعنى الوَطْءِ ، إلَّا قولُه : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[5] . ولأنَّه يَصِحُّ نَفْيُه عن الوَطْءِ ، فيُقال : هذا سِفَاحٌ وليس بنِكَاحٍ . ويُرْوَى عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ ، لَا مِنْ سِفَاحٍ »[6] . ويُقال . عن السُّرِّيَّةِ : ليست بزَوْجةٍ ، ولا مَنْكُوحةٍ . ولأنَّ النِّكاحَ أحدُ

---

(١) سورة النساء ٢٢ .

(٢) فى الأصل : « يفترقون » .

(٣) مجمع الأمثال ٣ / ٣٧٦ .

(٤) فى ب : « قد أنكحتها » .

(٥) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم ، من كتاب النكاح . سنن البيهقى ٧ / ١٩٠ . وأورده=

اللَّفظَيْنِ اللَّذَيْنِ يَنْعَقِدُ بهما عَقْدُ النكاحِ ، فكان حقيقةً فيه ، كاللَّفظِ الآخَرِ . وما ذَكَرَه القاضى يُفْضِى إلى كونِ اللفظِ مُشْتَرَكًا وهو على خلافِ الأصْلِ ، وما ذكَره الآخَرُون يدلُّ على الاسْتِعْمالِ فى الجُمْلةِ ، والاستعمالُ فيما قُلْنا أكْثَرُ وأشْهَرُ ، ثم لو قُدِّرَ كَوْنُه مجازًا فى العَقْدِ لَكان اسْمًا عُرْفِيًّا ، يَجِبُ صَرْفُ اللفظِ عند الإطْلاقِ إليه ؛ لشُهْرَتِه ، كسائرِ الأسماءِ العُرْفِيَّةِ .

فصل : والأصلُ فى مَشْرُوعِيَّةِ النِّكاحِ الكتابُ والسُّنَّةُ والإجْماعُ ؛ أمَّا الكتابُ فقولُ اللهِ تعالى : ﴿ فَانْكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾[7] . الآية . وقوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُواْ ٱلْأَيَامَى مِنكُمْ وَٱلصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾[8] . وأمَّا السُّنَّةُ فقولُ النَّبِيِّ ﷺ : « يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ ، وأَحْصَنُ لِلفَرْجِ ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيَصُمْ ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وِجَاءٌ » . مُتَّفَقٌ عليه[9] . فى آيٍ وأخْبارٍ سِوَى ذلك كثيرةٍ . وأجْمَعَ المسلمونَ على أنَّ النِّكاحَ مَشْرُوعٌ . واختلَفَ أصحابُنا فى وجُوبِه ؛ فالمَشْهورُ فى المَذْهَبِ أنَّه ليس بواجِبٍ ، إلَّا أن يَخَافَ أحدٌ على نَفسِه الوُقُوعَ / فى مَحْظُورٍ بتَرْكِه ، فيَلْزَمُه إعْفافُ نَفْسِه . وهذا قولُ عامَّةِ الفُقَهاءِ . وقال أبو بكرٍ[10] عبدُ العزيزِ : هو واجبٌ . وحكاه عن أحمدَ . وحكى

2/7و

= الهيثمى ، فى : باب فى كرامة أصله ، من كتاب علامات النبوة ، مجمع الزوائد 8 / 214 .

(7) سورة النساء 3 ، ولم يرد فى ا ، ب : ﴿ مثنى وثلاث ورباع ﴾ .

(8) سورة النور 32 .

(9) أخرجه البخارى ، فى : باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة ، من كتاب الصوم ، وفى : باب قول النبى ﷺ : من استطاع منكم الباءة فليتزوج ... ، وباب من لم يستطع الباءة فليصم ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى 3 / 34 ، 7/3 . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم 2 / 1018 ، 1019 .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب التحريض على النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود 1 / 472 . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على محمد بن أبى يعقوب ... ، من كتاب الصيام . المجتبى 4 / 141 . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى فضل النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 1 / 592 . والدارمى ، فى : باب من كان عنده طول فليتزوج ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى 2 / 132 . والإمام أحمد ، فى : المسند 1 / 378 ، 424 ، 425 ، 432 ، 447 .

(10) فى م زيادة : « بن » خطأ .

عن داود أنّه يجبُ فى العُمْرِ مَرّةً واحدةً ؛ للآيةِ والْخَبرِ . ولَنا ، أنَّ اللهَ تعالى حين أَمَرَ به ، عَلَّقه على الاسْتِطابةِ ، بقوله سُبْحانَه : ﴿ فَانْكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾ . والواجبُ لا يَقِفُ على الاسْتِطابةِ ، وقال : ﴿ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ . ولا يَجبُ ذلك بالاتّفاقِ ، فدَلَّ[11] على أنَّ المُرَادَ بالأمْرِ النَّدْبُ ، وكذلك الخبرُ يُحْمَلُ على النَّدْبِ ، أو على مَنْ يَخْشَى على نَفْسِه الوُقوعَ فى المَحْظُورِ بتَرْكِ النِّكاحِ . قال القاضى : وعلى هذا يُحْمَلُ كلامُ أحمدَ وأبى بكرٍ ، فى إيجابِ النِّكاحِ .

فصل : والناسُ فى النِّكاحِ على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ منهم مَنْ يخافُ على نفْسِه الوُقوعَ فى مَحْظُورٍ[12] إن تَرَكَ النكاحَ ، فهذا يجبُ عليه النِّكاحُ فى قولِ عامَّةِ الفُقهاءِ ؛ لأنَّه يَلْزَمُه إعْفافُ نفسِه ، وصَوْنُها عن الحَرامِ ، وطَرِيقُه النكاحُ . الثانى ، من يُسْتَحَبُّ له ، وهو مَنْ له شَهْوَةٌ يَأْمَنُ معها الوُقوعَ فى مَحْظورٍ ، فهذا الاشْتِغالُ له[13] به أَوْلَى من التَّخَلِّى لنوافِلِ العِبادةِ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْيِ . وهو ظاهرُ قولِ الصَّحابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، وفِعْلُهُم . قال ابنُ مسعودٍ : لو لم يَبْقَ من أَجَلِى[14] إلَّا عشرةُ أيامٍ ، وأعْلَمُ أنّى أموتُ فى آخِرِها يَوْمًا ، ولِى طَوْلُ النِّكاحِ فيهنَّ ، لتَزَوَّجْتُ مَخافةَ الفِتْنةِ . وقال ابنُ عباسٍ لسعيدِ بن جُبَيْرٍ : تَزَوَّجْ ، فإنَّ خَيْرَ هذه الأُمَّةِ أكْثَرُها نِساءً . وقال إبراهيمُ بن مَيْسرَةَ : قال لى طاوسٌ : لَتَنْكِحَنَّ ، أو لأَقُولَنَّ لك ما قال عمرُ لأبى الزَّوائِدِ : ما يَمْنَعُكَ عن النِّكاحِ إلَّا عَجْزٌ أو فُجورٌ . قال أحمدُ ، رَحِمَه الله ، فى رِوايةِ المَرُّوذِيِّ : ليستِ العُزْبَةُ من أَمْرِ الإسْلامِ فى شيءٍ . وقال : من دَعاكَ إلى غيرِ التَّزْوِيجِ ، فقد دَعاكَ إلى غيرِ الإسْلامِ ، ولو تَزَوَّجَ بَشَرٌ كان قد تَمَّ أمْرُه . وقال الشافعىُّ : التَّخَلِّى لعِبادةِ اللهِ تعالى

---

(١١) فى م : « فيدل » .

(١٢) فى م : « المحظور » .

(١٣) سقط من : ب ، م .

(١٤) فى ب : « عمرى » .

أفضَلُ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى مَدَحَ يحيى عليه السلامُ بقولِه : ﴿ وسَيِّدًا وَحَصُورًا ﴾[15] . والحَصُورُ : الذى لا يأْتِى النِّساءَ . فلو كان النِّكاحُ أفْضَلَ لمَا مَدَحَ بتَرْكِه . وقال اللهُ تعالى : ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَاتِ مِنَ ٱلنِّسَاءِ وَٱلْبَنِينَ ﴾[16] . وهذا فى مَعْرِضِ الذَّمِّ ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، فكان الاشْتِغالُ بالعِبادةِ أفْضَلَ منه ، كالبَيْعِ . ولَنا ، ما تقدَّمَ من أمرِ اللهِ تعالى ورَسُولِه به وحَثِّهِما عليه ، وقال ﷺ : « ولَكِنِّى أَصُومُ وأُفْطِرُ ، وأُصَلِّى وأَرْقُدُ ، وأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ ، فمَنْ رَغِبَ / عَنْ سُنَّتِى فلَيْسَ مِنِّى » . وقال سعدٌ : لقد رَدَّ النَّبِىُّ ﷺ على عثمانَ بن مَظْعونٍ التَّبَتُّلَ ، ولو أحَلَّه له لَاخْتَصَيْنَا . متفقٌ عليهما[17] . وعن أنسٍ قال : كان النبىُّ ﷺ [18]يأْمُرُ بالْبَاءَة[18] ، ويَنْهَى عن التَّبَتُّلِ نَهْيًا شَدِيدًا ، ويقول : « تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الوَلُودَ ، فَإِنِّى مُكاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيامةِ . رواه سعيدٌ[19] . وهذا حَثٌّ على النكاحِ شديدٌ ، ووَعِيدٌ على تَرْكِه يُقَرِّبُه إلى الوُجُوبِ ،

٢/٧ظ

---

(١٥) سورة آل عمران ٣٩ .

(١٦) سورة آل عمران ١٤ .

(١٧) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب الترغيب فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٢ . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٠ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٠ . والدارمى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٥٨ ، ٣ / ٢٤١ ، ٢٥٩ ، ٢٨٥ ، ٥ / ٤٠٩ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب ما يكره من التبتل والخصاء ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٥ . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٠ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن التبتل ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤ / ٣٠٥ . والنسائى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٤٨ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٣ . والدارمى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٧٦ ، ١٨٣ .

(١٨ - ١٨) فى الأصل : « يأمر بالباه » . وفى ا ، ب : « يأمرنا بالباه » . وفى م : « يأمرنا بالباءة » . والمثبت فى السنن .

(١٩) فى : باب الترغيب فى النكاح . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٣٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ١٥٨ ، ٢٤٥ .

والتّخلّى منه إلى التّحْرِيمِ ، ولو كان التّخلّى أفْضَلَ لانْعكَسَ الأمْرُ ، ولأنَّ النّبىَّ ﷺ تَزَوَّجَ ، وبالَغَ فى العَدَدِ ، وفَعَلَ ذلك أصحابُه ، ولا يَشْتَغِلُ النّبىُّ ﷺ وأصحابُه إلّا بالأفْضَلِ ، ولا تَجْتَمِعُ[20] الصَّحابةُ على تَرْكِ الأفْضَلِ ، والاشْتِغالِ بالأدْنى ، ومن العَجَبِ أنَّ مَنْ يُفَضِّلُ التخلّى لم يَفْعَلْه ، فكيف أجْمَعُوا[21] على النّكاحِ فى فِعْلِه ، وخالَفُوه فى فَضْلِه ! أفَما[22] كان فيهم مَنْ يَتْبَعُ الأفْضَلَ عنده ويعملُ بالأوْلَى[23] ؟ ولأنَّ مَصالِحَ النّكاحِ أكثرُ ، فإنّه يشْتَمِلُ على تَحْصينِ الدِّينِ ، وإحْرازِه ، وتَحْصِينِ المرأةِ وحِفْظِها ، والقيامِ بها ، وإيجادِ النَّسْلِ ، وتكْثيرِ الأُمَّةِ ، وتَحْقيقِ مُباهاةِ النَّبىِّ ﷺ ، وغيرِ ذلك من المصالحِ الرّاجِحِ أحدُها على نَفْلِ العبادةِ ، فمَجْموعُها[24] أوْلَى . وقد رَوَيْنا فى أخْبارِ المُتَقدِّمِينَ ، أنَّ قومًا ذَكَرُوا للنَّبىِّ لهم فَضْلَ عابِدٍ لهم ، فقال : أما إنَّه لتارِكٌ لشىءٍ من السُّنَّةِ ، فبَلَغَ العابدَ ، فأتى النَّبِىَّ ، فسأَلَه عن ذلك ، فقال : إنَّكَ تَرَكْتَ التَّزوِيجَ . فقال : يا نَبِىَّ اللهِ ، وما هو إلَّا هذا ! فلمَّا رأَى النَّبِىُّ احْتِقارَه لذلك ، قال : أرَأيْتَ لو تَرَكَ الناسُ كلُّهم التَّزْويجَ مَن كان يقومُ بالجِهادِ ، ويَنْفِى العَدُوَّ ، ويقومُ بفرائضِ اللهِ تعالى وحُدُودِه ؟ وأمَّا ما ذُكِرَ عن يحيى ، فهو شَرْعُه ، وشَرْعُنا واردٌ بخِلافِه ، فهو أوْلَى . والبَيْعُ لا يشْتَمِلُ على مصالحِ النّكاحِ ، ولا يُقارِبُها . القسم الثالث ، مَنْ لا شَهْوةَ له ، إمَّا لأنَّه لم يُخْلَقْ له شَهْوةٌ كالعِنِّينِ ، أو كانت له شهوةٌ فذَهَبَتْ بكِبَرٍ أو مَرَضٍ ونحوِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يُسْتَحَبُّ له النكاحُ ؛ لعُمُومِ ما ذَكَرْنا . والثانى ، التخلِّى له أفْضَلُ ؛ لأنَّه[25] لا يُحَصِّلُ مَصالحَ النّكاحِ ، ويَمْنَعُ زَوْجَتَه من التَّحْصِينِ بغيرِه ، ويُضِرُّ بها ، ويَحْبِسُها[26] على نفسِه ، ويُعَرِّضُ نَفْسَه لواجباتٍ وحقوقٍ لعلَّه لا يتمكَّنُ من القِيامِ

---

(٢٠) فى الأصل : « تجمع » .

(٢١) فى ا ، ب ، م : « اجتمعوا » .

(٢٢) فى ا ، ب ، م : « فما » .

(٢٣) فى ا ، م : « بالأدنى » .

(٢٤) فى الأصل ، ب : « مجموعها » . وفى ا ، م : « بمجموعها » . ولعل الصواب ما أثبتناه .

(٢٥) فى الأصل : « فإنه » .

(٢٦) فى م : « يحبسها » .

بها ، ويَشْتَغِلُ عن العِلْمِ والعبادةِ بما لا فائِدةَ فيه . والأخبارُ تُحْمَلُ على مَنْ له شَهْوةٌ ؛ لما فيها من القرائنِ الدَّالَّةِ عليها . وظاهرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا فَرْقَ بين القادرِ على الإِنْفاقِ والعاجزِ عنه ، قال : يَنْبَغِى للرَّجُلِ أن يتزوَّجَ ، فإن / كان عنده ما يُنْفِقُ ، أنْفَقَ ، وإن لم يكُنْ عندَه ، صَبَرَ ، ولو تزوَّج بَشْرٌ كان قد تَمَّ أمْرُه . واحْتَجَّ بأنَّ النَّبىَّ ﷺ كان يُصْبِحُ وما عندَهم[27] شىءٌ ، ويُمْسِى وما عندهم[27] شىءٌ[28] . وأنَّ[29] النَّبىَّ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا لم يَقْدِرْ[30] على خاتَمِ حَدِيدٍ ، ولا وجَد إلَّا إزارَه ، ولم يكُنْ له رِداءٌ . أخْرَجه البُخارِىُّ[31] . قال أحمدُ ، فى رجلٍ قليلِ الكَسْبِ ، يَضْعُفُ قلبُه عن العِيالِ : اللهُ يَرْزُقُهم ، التزويجُ أحْصَنُ له ، ربَّما أتَى عليه وقتٌ لا يَمْلكُ[32] قَلْبَه[33] . وهذا فى حَقِّ مَنْ يمكنُه التَّزْويجُ[34] ، فأمَّا مَن لا يُمْكِنُه ، فقد قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِۦ ﴾[35] .

٣/٧و

١٠٩٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَا نِكاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ وشاهِدَيْنِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ)

فى هذه المَسْألة أربعةُ[1] فصولٍ :

---

(٢٧) فى م : « عنده » .

(٢٨) أخرجه البخارى ، فى : باب شراء النبى ﷺ بالنسيئة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب فى الرهن فى الحضر ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى ٣ / ٧٤ ، ١٨٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرخصة فى الشراء إلى أجل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢١٩ ، ٢٢٠ .

(٢٩) فى الأصل : « ولأن » .

(٣٠) فى م زيادة : « إلا » .

(٣١) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .

(٣٢) فى الأصل : « يمكن » .

(٣٣) فى م زيادة : « فيه » .

(٣٤) فى ب : « التزوج » .

(٣٥) سورة النور ٣٣ .

(١) سقط من : ا .

أحدها : أنَّ النكاحَ لا يَصِحُّ إلَّا بوَلِيٍّ ، ولا تَمْلِكُ المرأةُ تَزْوِيجَ نَفْسِها ولا غيرِها ، ولا تَوْكِيلَ غيرِ وَلِيِّها في تزويجِها . فإن فَعَلَتْ ، لم يَصِحَّ النِّكاحُ . رُوِيَ هذا عن عمرَ ، وعليٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عباسٍ ، وأبي هُرَيْرَةَ ، وعائشةَ ، رَضِيَ اللهُ عنهم . وإليه ذَهَبَ سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، وعمرُ بن عبدِ العزيزِ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، والثَّوْرِيُّ ، وابنُ أبي لَيْلَى ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وابنُ المُبارَكِ ، وعُبَيْدُ اللهِ العَنْبَرِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . ورُوِيَ عن ابن سِيرِينَ ، والقاسمِ بن محمدٍ ، والحسنِ بنِ صالحٍ[٢] ، وأبي يوسفَ : لا يجوزُ لها ذلك بغيرِ إذْنِ الوَلِيِّ ، فإن فعلَتْ كان مَوْقوفًا على إجازَتِه . وقال أبو حنيفةَ : لها أن تُزَوِّجَ نَفْسَها وغيرَها ، وتُوَكِّلَ في النِّكاحِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ﴾[٣] . أضاف النِّكاحَ إليهِنَّ ، ونَهَى عن مَنْعِهِنَّ منه ، ولأنَّه خالِصُ حَقِّها ، وهي من أهلِ المباشَرةِ ، فصَحَّ منها ، كبَيْعِ أَمَتِها ، ولأنَّها إذا مَلَكَتْ بَيْعَ أمتِها ، وهو تَصَرُّفٌ في رَقَبَتِها وسائرِ منافِعِها ، ففي النِّكاحِ الذي هو عَقْدٌ على بعضِ نَفْعِها[٤] أَوْلَى . ولَنا ، أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « لَا نِكَاحَ إلَّا بوَلِيٍّ »[٥] . رَوَتْه عائشةُ ، وأبو موسَى ، وابنُ عباسٍ . قال المَرُّوذِيُّ : سأَلْتُ أحمدَ ويَحْيَى عن حديثِ : « لَا نِكَاحَ إلَّا بوَلِيٍّ » . فقالا : صحيحٌ . ورُوِيَ عن عائشةَ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَها بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ ، فَإِنْ أصَابَهَا ، فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِها ، فإن اشْتَجَرُوا ، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ » . رواه الإمامُ أحمدُ ، وأبو داودَ وغيرُهما[٥] . فإن قِيلَ : فإنَّ الزُّهْرِيَّ رَاوِيه[٦] وقد أنْكَرَه[٧] . قال ابنُ جُرَيْجٍ[٨] : سأَلْتُ الزُّهْرِيَّ عنه فلم يَعْرِفْه . / قلنا له : لم يَقُلْ هذا عن ابن جُرَيْجٍ[٨] غيرُ ابنِ عُلَيَّةَ ، كذلك قال الإمامُ أحمدُ ويحيى ، ولو ثَبَتَ

٣/٧ ظ

---

(٢) في م زيادة : « وأبي صالح » .

(٣) سورة البقرة ٢٣٢ .

(٤) في م : « منافعها » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٥ / ٨٨ . ويضاف إليه : المسند ٦ / ٤٧ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

(٦) في م : « رواه » .

(٧) في حاشية ب : « رواه الخمسة إلا النسائي ، وحسنه الترمذي ، وصححه ابن حبان وغيره ، وهو من رواية سليمان ابن موسى وهو ثقة ، روى له مسلم ، وقال البخاري : عنده مناكير » .

(٨) في ا ، ب ، م : « خديج » .

هذا لم يكُنْ حُجَّةً ؛ لأنَّه قد نَقَلَه ثِقاتٌ عنه ، فلو نَسِيَه الزُّهْرِيُّ لم يُضِرْه[9] ؛ لأنَّ النِّسْيانَ لم يُعْصَمْ منه إنسانٌ . قال النَّبِيُّ ﷺ : « نَسِيَ آدمُ ، فنَسِيَتْ ذُرِّيَّته »[10] . ولأنَّها مُولًّى عليها في النِّكاحِ ، فلا تَلِيه ، كالصَّغِيرةِ ، وأمَّا الآيةُ ، فإنَّ عَضْلَها الامْتِناعُ من تَزْوِيجِها ، وهذا يَدُلُّ على أنَّ نِكاحَها إلى الوَلِيِّ ، ويَدُلُّ عليه أنَّها نَزَلَتْ في شأنِ مَعْقِلِ بن يَسارٍ ، حين امْتَنَعَ من تَزْوِيجِ أُخْتِه ، فدَعَاه النَّبِيُّ ﷺ ، فزَوَّجَها[11] . وأضافَه إليها لأنَّها مَحَلٌّ له . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا يجوزُ لها تَزْوِيجُ أحَدٍ . وعن أحمدَ ، لها تَزْوِيجُ أمَتِها . وهذا يدلُّ على صِحّةِ عِبارَتِها في النِّكاحِ ، فيُخَرَّجُ منه أنَّ لها تَزْوِيجَ نَفْسِها بإذْنِ وَلِيِّها ، وتزويجَ غيرِها بالوَكالةِ . وهو مذهبُ محمدِ بن الحسنِ . ويَنْبَغِي أن يكونَ قولًا لِابْنِ سِيرِينَ ومَنْ معه ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « أيُّمَا امْرَأةٍ زَوَّجَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ » . فمَفْهومُه صِحّتُه بإذْنِه . ولأنَّ المرأةَ إنَّما مُنِعَت الاسْتِقلالَ بالنِّكاحِ ، لقُصُورِ عَقْلِها ، فلا يُؤْمَنُ انْخِداعُها ووُقُوعُه منها على وَجْهِ المَفْسَدةِ ، وهذا مأمونٌ فيما إذا أَذِنَ فيه وَلِيُّها . والصحيحُ الأوَّلُ ؛ لعُمُومِ قوله : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ » . وهذا يُقَدَّمُ على دليلِ الخِطابِ ، والتَّخْصِيصُ هٰهُنا خَرَجَ مَخْرَجَ الغالبِ ، فإنَّ الغالبَ أنَّها لا تُزَوِّجُ نَفْسَها إلَّا بغيرِ إذْنِ وَلِيِّها ، والعِلَّةُ في مَنْعِها ، صِيانَتُها عن مُباشَرةِ ما يُشْعِرُ بوَقاحَتِها ورُعُونَتِها ومَيْلِها إلى الرِّجالِ ، وذلك يُنافِي حالَ أهلِ الصِّيانةِ والمُرُوءَةِ ، واللهُ أعلمُ .

فصل : فإن حَكَمَ بصِحّةِ هذا العقدِ حاكمٌ ، أو كان المُتَوَلِّي لعَقْدِه حاكمًا ، لم

---

(9) في الأصل : « يضر » .

(10) أخرجه الترمذي ، في : باب تفسير سورة الأعراف ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذي 11 / 196-199 .

(11) أخرجه البخاري ، في : باب : ﴿ إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفي : باب من قال : لا نكاح إلا بولي . من كتاب النكاح . صحيح البخاري 6 / 36 ، 7 / 21 . وأبو داود ، في : باب في العضل ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود 1 / 481 . والترمذي ، في : باب : ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ... ﴾ ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذي 12 / 103 .

يَجُزْ نَقْضُه . وكذلك سائرُ الأنْكِحَةِ الفاسدةِ . وخَرَّجَ القاضى فى هذا وَجْهًا خاصَّةً أنَّه يُنْقَضُ . وهو قولُ الإصْطَخْرِىِّ من أصْحابِ الشَّافعىِّ ؛ لأنَّه خالَفَ نَصًّا . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّها مسألةٌ مُخْتَلَفٌ فيها ، ويَسُوغُ فيها الاجتهادُ ، فلم يَجُزْ نَقْضُ الحُكْمِ له[١٢] ، كما لو حَكَمَ بالشُّفْعةِ للجارِ ، وهذا النصُّ مُتَأَوَّلٌ وفى صِحَّتِه كلامٌ ، وقد عارَضَتْه[١٣] ظَواهِرُ .

الفصل الثانى : أنَّ النكاحَ لا يَنْعَقِدُ إلَّا بشاهِدَيْنِ . هذا المشهورُ عن أحمدَ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وهو قولُ ابنِ عباسٍ ، وسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وجابرِ بن زيدٍ ، والحسنِ ، والنَّخَعِىِّ ، وقَتادةَ ، والثَّوْرِىِّ ، والأوْزاعىِّ ، والشافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ أنَّه يصحُّ بغير شُهُودٍ . فَعَلَه[١٤] ابنُ عمرَ ، والحسنُ / بن علىٍّ ، وابنُ الزُّبَيْرِ ، وسالمٌ وحمزةُ[١٥] ابنَا ابنِ عمرَ . وبه قال عبدُ الله بن إدْرِيسَ[١٦] ، وعبدُ الرحمنِ بن مَهْدِىٍّ ، ويزيدُ بن هارونَ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وهو قولُ الزُّهْرِىِّ ، ومالكٍ ، إذا أعْلَنُوه . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا يَثْبُتُ فى الشَّاهِدَيْنِ فى النِّكاحِ خَبَرٌ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : وقد رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ وشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ » . من حديثِ ابنِ عبَّاسٍ وأبى هُرَيْرةَ وابنِ عمرَ[١٧] ، إلَّا أن فى نَقْلِه ذلك ضَعْفًا[١٨] ، فلم

٤/٧ و

---

(١٢) سقط من : م .

(١٣) فى م : « عارضه » .

(١٤) فى م : « وفعله » .

(١٥) فى حاشية ب : « حمزة بن عبد الله بن عمر ، أخو سالم ، هو ثقة ، روى له الجماعة » .

(١٦) عبد الله بن إدريس الأودى الكوفى الحافظ العابد ، إمام حجة ، توفى سنة اثنتين وتسعين ومائة . العبر ١ / ٣٠٨ ، ٣٠٩ .

(١٧) حديثا ابن عباس ، وابن عمر ، أخرجهما الدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٢١ ، ٢٢٥ . وحديث أبى هريرة ، أخرجه البيهقى ، فى : باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٥ .

(١٨) فى م : « ضعيفا » .

أذكُره . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : وقد أعْتَقَ النَّبِيُّ ﷺ صَفِيَّةَ بنتَ حُيَيٍّ وتَزَوَّجَها[19] بغير شُهودٍ[20] . قال أنسُ بن مالكٍ، رَضِيَ اللهُ عنه: اشْتَرَى رسولُ الله ﷺ جاريةً بسَبْعةِ أرْؤُسٍ[21] ، فقال الناسُ : ما نَدْرِي أتزَوَّجَها رسولُ الله ﷺ أم جَعَلَها أُمَّ وَلَدٍ ؟ فلما أن[22] أرادَ أن يَرْكَبَ حَجَبَها ، فعَلِمُوا أنَّه تَزَوَّجَها . متفقٌ عليه[23] . قال : فاسْتَدَلُّوا على تَزْوِيجِها بالحِجابِ . وقال يزيدُ بن هارونَ : أمَرَ اللهُ تعالى بالإشْهادِ فى البَيْعِ دُونَ النِّكاحِ ، فاشْتَرطَ أصْحابُ الرَّأْيِ الشَّهادةَ للنِّكاحِ ، ولم يشتَرِطُوها للبَيْعِ ! ووَجْهُ الأُولَى أنَّه قد رُوِيَ عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا نِكاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ ، وشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . رواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[24] . وروى الدَّارَقُطْنِيُّ[25] ، عن عائشةَ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا بُدَّ فِي النِّكَاحِ مِنْ أرْبَعَةٍ ؛ الوَلِيُّ ، والزَّوْجُ ، والشَّاهِدَانِ » . ولأنَّه يتعلَّقُ به حَقُّ غيرِ المُتَعاقِدَيْنِ ، وهو الوَلَدُ ، فاشْتُرِطَتِ الشهادةُ فيه ، لئلَّا يَجْحَدَه أبوه ، فيَضِيعَ نَسَبُه ، بخلاف البَيْعِ . فأمَّا نِكاحُ النَّبِيِّ ﷺ بغيرِ وَلِيٍّ وغيرِ شهودٍ ، فمن خصائِصِه فى النِّكاحِ ، فلا يُلْحَقُ به غيرُه .

---

(19) فى ا ، م : « فتزوجها » .

(20) انظر ما يأتى من تخريج حديث بنائه ﷺ بصفية .

(21) فى م : « قروش » .

(22) سقط من : ا ، ب .

(23) أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازى ، وفى : باب فى اتخاذ السرارى ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ، وباب من جعل عتق الأمة صداقها ، وباب البناء فى السفر ، وباب الوليمة ولو بشاة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٥ / ١٦٨ ، ٧ / ٧ ، ٨ ، ٢٨ ، ٣١ . ومسلم ، فى : باب فضيلة إعتاق الأمة ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٤٤-١٠٤٦ . وأبو داود ، فى : باب فى الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٠ . والنسائى ، فى : باب التزويج على العتق ، وباب البناء فى السفر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٤ ، ١٠٩ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٩ . والدارمى ، فى : باب فى الأمة يجعل عتقها صداقها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٩٩ ، ١٦٥ ، ١٧٠ ، ١٨١ ، ٢٠٣ ، ٢٣٩ ، ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٦٤ ، ٢٨٠ ، ٢٩١ .

(24) وأخرجه البيهقى ، فى : باب لا نكاح إلا بولى مرشد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٤ .

(25) فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٢٥ .

الفصل الثالث : أنّه لا يَنْعَقِدُ إِلَّا بشَهادةِ مُسْلِمَيْنِ ، سواءٌ كان الزَّوْجانِ مُسْلِمَيْنِ ، أو الزَّوْجُ وَحْدَه . نصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الشَّافعيِّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا كانت المرأةُ ذِمِّيَّةً ، صَحَّ بشَهادةِ ذِمِّيَّيْنِ . قال أبو الخَطَّابِ : ويَتَخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك ، مَبْنِيًّا على الرِّوايةِ التى تقولُ بقَبُولِ شَهادةِ بعضِ أهلِ الذِّمَّةِ على بعضٍ . ولَنا ، قولُه عليه السلام : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بوَلِيٍّ ، وشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . ولأنّه نِكاحُ مُسْلِمٍ ، فلم يَنْعَقِدْ بشَهادةِ ذِمِّيَّيْنِ ، كنِكاحِ المُسْلِمَيْنِ .

فصل : فأمَّا الفاسِقانِ ، ففى انْعِقادِ النِّكاحِ بشَهادَتِهِما رِوَايتان ؛ إحْداهما ، لا يَنْعَقِدُ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ للخَبَرِ . ولأنَّ النِّكاحَ لا يَثْبُتُ بشهادَتِهِما ، فلم يَنْعَقِدْ بحُضُورِهما ، كالمَجْنُونَيْنِ . والثانية ، ينعقدُ / بشهادَتِهِما . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّها تَحَمُّلٌ ، فصَحَّتْ من الفاسِقِ ، كسائرِ التَّحَمُّلاتِ . وعلى كلتا الرِّوايتينِ لا يُعْتَبَرُ حَقِيقَةُ العَدالةِ ، بل يَنْعَقِدُ بشهادةِ مَسْتُورِى الحالِ ؛ لأنَّ النِّكاحَ يكونُ فى القُرَى والبادِيةِ ، وبين عامَّةِ الناسِ ، ممَّن لا يَعْرِفُ حقيقةَ العَدَالةِ ، فاعْتِبارُ ذلك يَشُقُّ ، فاكْتُفِىَ بظاهرِ الحالِ ، وكَوْنِ الشَّاهِدِ مَسْتُورًا لم يَظْهَرْ فِسْقُه ، فإن تَبَيَّنَ بعدَ العَقْدِ أنّه كان فاسِقًا ، لم يُؤَثِّرْ ذلك فى العَقْدِ ؛ لأنَّ الشرطَ العَدَالةُ ظاهرًا ، وهو أن لا يكونَ ظاهِرَ الفِسْقِ ، وقد تَحَقَّقَ ذلك . وقيل : نَتَبَيَّنُ أنَّ النِّكاحَ كان فاسِدًا ؛ لعَدَمِ الشَّرْطِ . وليس بصحيحٍ ؛ لأنّه لو كانت العدالةُ فى الباطنِ شَرْطًا ، لَوجَبَ الكَشْفُ عنها ؛ لأنّه مع الشكِّ فيها يكونُ مَشْكُوكًا[26] فى شَرْطِ النِّكاحِ[26] ، فلا يَنْعَقِدُ ، ولا تَحِلُّ المرأةُ مع الشكِّ فى صِحَّةِ نِكَاحِها . وإن حَدَثَ الفِسْقُ فيهما ، لم يُؤَثِّرْ فى صِحَّةِ النِّكاحِ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ إنَّما يُعْتَبَرُ حالةَ العَقْدِ. ولو أقَرَّ رَجُلٌ وامرأةٌ أنَّهما نَكَحَا بوَلِيٍّ وشاهِدَىْ عَدْلٍ ، قُبِلَ قَوْلُهما ، وثَبَتَ النِّكاحُ بإقْرارِهما .

فصل : ولا يَنْعَقِدُ بشهادةِ رجلٍ وامرأتَيْنِ . وهذا قولُ النَّخَعِىِّ ، والأوْزاعِىِّ ،

٤/٧ ظ

(٢٦ – ٢٦) سقط من : ا .

والشافعيِّ . وعن أحمدَ ، أنَّه قال : إذا تَزَوَّجَ بشهادةِ نِسْوَةٍ ، لم يَجُزْ ، فإن كان معهنَّ رجلٌ ، فهو أهْوَنُ . فيَحْتَمِلُ أنَّ هذا روايةٌ أُخْرَى فى انْعقادِه بذلك . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ . ويُرْوَى عن الشَّعْبِىِّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، فانْعَقَدَ بشَهادَتِهِنَّ[27] مع الرِّجالِ ، كالبَيْعِ . ولَنا ، أنَّ الزُّهْرِىَّ قال : مَضَتِ السُّنَّةُ من[28] رسولِ اللهِ ﷺ ، أن لا تجوزَ شهادةُ النِّساءِ فى الحُدُودِ ، ولا فى النكاحِ ، ولا فى الطَّلاقِ . رَواه أبو عُبَيْدٍ[29] ، فى « الأموالِ » . وهذا يَنْصَرِفُ إلى سُنَّةِ النَّبىِّ ﷺ . ولأنَّه عَقْدٌ ليس بمالٍ ، ولا المَقْصُودُ منه المالُ ، ويحضرُه الرجالُ فى غالبِ الأحْوالِ ، فلم[30] يَثْبُتْ بشَهادَتِهِنَّ[27] كالحُدُودِ ، وبهذا فارَقَ البَيْعَ . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ إنَّما قال : هو أهْوَنُ . لوُقُوعِ الخِلافِ فيه ، فلا يكونُ رِوَايةً .

فصل : ولا يَنْعقِدُ بشهادَةِ صَبِيَّيْنِ ؛ لأنَّهما ليسا من أهلِ الشهادةِ . ويَحْتَمِلُ أن يَنْعقِدَ بشهادةِ مُرَاهِقَيْنِ عاقِلَيْنِ . ولا ينعقدُ بشهادةِ مَجْنُونَيْنِ ، ولا سائرِ مَنْ لا شهادةَ له ؛ لأنَّ وُجُودَه كالعَدَمِ . ولا ينعقدُ بشهادةِ أَصَمَّيْـنِ ؛ لأنَّهمـا لا يَسْمَعـانِ . ولا أَخْرَسَيْنِ ؛ لعدمِ إمْكانِ الأداءِ منهما . وفى انْعقادِه بحُضُورِ أهلِ الصنائِعِ الزَّرِيَّةِ ، كالحَجَّامِ ونحوِه ، وَجْهانِ ، بناءً على قَبُولِ شَهادَتِهم . وفى انْعقادِه بشهادةِ عَدُوَّيْنِ أو ابْنَي الزَّوْجَيْنِ أو أحَدِهما وَجْهان ؛ أحدهما ، ينعقدُ . اختارَه أبو عبدِ الله ابن / بطَّةَ ؛ لعُمُومِ قوله : « إلَّا بوَلِىٍّ وشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . ولأنَّه يَنْعَقِدُ بهما نِكاحُ غيرِ هذا الزَّوْجِ ، فانْعَقَدَ بهما نِكاحُه ، كسائرِ العُدُولِ . والثانى ، لا ينعقدُ بشهادَتِهما[31] ؛ لأنَّ العَدُوَّ لا

٧/٥و

---

(٢٧) فى م : « بشهادتين » .

(٢٨) فى م : « عن » .

(٢٩) وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى شهادة النساء فى الحدود ، من كتاب الحدود . المصنف ١٠ / ٥٨ مختصرا . وانظر : نصب الراية ٤ / ٧٩ ، والتلخيص الحبير ٤ / ٣٠٧ .

(٣٠) فى م : « فلا » .

(٣١) فى الأصل ، ا ، ب : « بشهادته » .

تُقْبَلُ شَهادَتُه على عَدُوِّه ، والابنُ لا تقبلُ شهادتُه[٣٢] لوَالِدِه .

فصل : وينْعَقِدُ بشهادةِ عَبْدَيْنِ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ : لا يَنْعَقِدُ . ومَبْنَى الخلافِ على قَبُولِ شَهادَتِهما فى سائرِ الحُقُوقِ . ونَذْكُرُه فى مَوْضِعه إن شاء اللهُ تعالى . وينعَقِدُ بشهادةِ ضَرِيرَيْنِ . وللشافِعِيّةِ وَجْهانِ فى ذلك . ولَنا ، أنَّها شهادةٌ على قولٍ ، فصَحَّتْ من الأعْمَى ، كالشهادةِ بالاسْتِفاضةِ ، وإنَّما ينْعَقِدُ بشهادَتِهما إذا تَيقَّنَ الصَّوْتَ وعَلِمَ صَوْتَ المُتعاقِدَيْنِ على وَجْهٍ لا يَشُكُّ فيهما ، كما يَعْلَمُ ذلك من يَرَاهُما[٣٣] ، وإلَّا فلَا .

فصل : وإذا تزوَّجَتِ المرأةُ تزويجًا فاسِدًا ، لم يَجُزْ تَزْوِيجُها لغيرِ مَنْ تَزَوَّجَها حتى يُطَلِّقَها أو يَفْسَخَ نِكاحَها . وإذا امْتَنَعَ من طَلاقِها ، فَسَخَ الحاكمُ نِكاحَه[٣٤] . نصَّ عليه أحمدُ . وقال الشافعيُّ : لا حاجةَ إلى فَسْخٍ ولا طَلاقٍ ؛ لأنَّه نِكاحٌ غيرُ مُنْعَقِدٍ ، أشْبَهَ النِّكاحَ فى العِدَّةِ . ولَنا ، أنَّه نِكاحٌ يَسُوغُ فيه الاجْتِهادُ ، فاحْتِيجَ فى التَّفْرِيقِ فيه إلى إيقاعِ فُرْقةٍ ، كالصحيحِ المُخْتَلَفِ فيه ، ولأنَّ تَزْوِيجَها من غيرِ تفرِيقٍ يُفْضِى إلى تَسْلِيطِ زَوْجَيْنِ عليها ، كلُّ واحِدٍ منهما يَعْتَقِدُ أنَّ نِكاحَه الصَّحِيحُ ، ونِكاحَ الآخرِ الفاسدُ ، ويفارِقُ النكاحَ الباطلَ من هٰذَيْن الوَجْهَيْنِ . وإذا زُوِّجَتْ[٣٥] بآخَرَ قبلَ التَّفرِيقِ ، لم يَصِحَّ الثانى أيضا ، ولم يَجُزْ تزْوِيجُها لثالثٍ[٣٦] حتى يُطَلِّقَ الأَوَّلانِ أو يُفْسَخَ نِكاحُهُما ، ومتى فُرِّقَ بينهما قبلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ لها[٣٧] ؛ لأنَّه عَقْدٌ فاسدٌ لم[٣٨] يَتَّصِلْ به قَبْضٌ ،

---

(٣٢) فى م : « شهادة » .

(٣٣) فى ا ، ب : « رآهما » .

(٣٤) سقط من : ا .

(٣٥) فى الأصل : « تزوجت » .

(٣٦) فى م : « الثالث » .

(٣٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٨) فى الأصل : « ولم » .

فلم يَجبْ به[٣٩] عِوَضٌ كالبَيْعِ الفاسدِ ، وإن كان التَّفْريقُ بعد الدُّخولِ ، فلها المَهْرُ ؛ بدليلِ قولِه عليه السلام : « فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا »[٤٠] . وإن تَكَرَّرَ الوَطْءُ فالمَهْرُ واحدٌ ؛ للحَدِيثِ ، ولأنَّه إصابةٌ فى عَقْدٍ فاسدٍ[٤١] ، أشْبَهَ الإصابةَ فى عَقْدٍ صحيحٍ .

فصل : والواجبُ لها مَهْرُ مِثْلِها ، أوْمأ إليه أحمدُ ؛ فإنَّه قال فى العَبْدِ يتزوَّجُ بغير إذْنِ سَيِّدِه : يُعْطى شيئًا . قال القاضى : يَعْنِى مَهْرَ المِثْلِ . وهو ظاهرُ قولِ الخِرَقِىِّ ؛ لقوله : « وإذا زوَّج الوَلِيّانِ فالنكاحُ للأَوَّلِ منهما ، فإن دَخَلَ بها الثانى فلها مَهْرُ مِثْلِها » . وهذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . والمنصوصُ عن أحمدَ أنَّ لها المُسَمَّى ؛ لأنَّ فى بعضِ ألفاظِ حديثِ / عائشةَ : « وَلَهَا الَّذِى أَعْطَاهَا بِمَا أَصَابَ مِنْهَا » . قال القاضى : حدَّثناه أبو بكرٍ البَرْقانِىُّ ، وأبو محمدٍ الخَلَّالُ ، بإسنادَيْهِما . وقال أبو حنيفةَ : الواجبُ الأَقَلُّ من المُسَمَّى أو مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّها إن رَضِيَتْ بدون مَهْرِ مِثْلِها فليس لها أكْثَرُ منه ، كالعَقْدِ الصحيحِ ، وإن كان المُسَمَّى أكْثَرَ لم يَجِبِ الزَّائِدُ ؛ لأنَّه[٤٢] بعَقْدٍ غيرِ صحيحٍ[٤٢] . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا » . فجَعَلَ لها المَهْرَ[٤٣] بالإصابةِ ، والإصابةُ إنَّما تُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ ، ولأنَّ العَقْدَ ليس بمُوجِبٍ ، بدَلِيلِ الخبرِ ، وأنَّه لو طَلَّقَها قبلَ مَسِّها لم يكُنْ لها شىءٌ ، وإذا لم يكُنْ مُوجِبًا كان وُجُودُه كعَدَمِه ، وبَقِىَ[٤٤] الوَطْءُ مُوجِبًا بمُفْرَدِه ، فأوْجَبَ مَهْرَ المِثْلِ ، كوَطْءِ الشُّبْهةِ ، ولأنَّ التَّسْمِيةَ لو فَسدَتْ لَوَجَبَ مهرُ المِثْلِ ، فإذا فَسدَ العَقْدُ من أصلِه كان[٤١] أوْلَى . وقولُ

٥/٧ ظ

---

(٣٩) فى الأصل : « فيه » .

(٤٠) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وفى صفحة ٣٤٥ .

(٤١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٢ – ٤٢) فى م : « بغير عقد صحيح » .

(٤٣) فى م زيادة : « المميز » .

(٤٤) فى الأصل : « ويبقى » .

أبى حنيفةَ إنَّها رَضِيَتْ بدون صَدَاقِها . إنَّما يَصِحُّ إذا كان العَقْدُ هو المُوجِبُ ، وقد بَيَّنَّا أنَّه إنَّما يجبُ بالإِصابةِ ، فيجبُ[45] مَهْرُ المِثْلِ كاملًا ، كَوَطْءِ الشُّبْهةِ .

فصل : ولا يَجِبُ لها بالخَلْوَةِ شيءٌ . فى قولِ أكثرِ أهلِ العِلْمِ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ إنَّما[46] جَعَلَ لها المَهْرَ بما اسْتَحَلَّ من فَرْجِها . يعنى أصابَ . ولم يُصِبْها . والمنصوصُ عن أحمدَ أنَّ المَهْرَ يَسْتَقِرُّ بالخَلْوةِ ، قياسًا على العَقْدِ الصَّحيحِ ، وبِناءً على أنَّ الواجبَ المُسَمَّى بالعَقْدِ ، وقد ذَكَرْنا ذلك .

فصل : ولا حَدَّ فى وَطْءِ النِّكاحِ الفاسِدِ ، سواءٌ اعْتَقَدَا[47] حِلَّه أو حُرْمَتَه . وعن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّه يَجِبُ الحدُّ بالوَطْءِ فى النِّكاحِ بلا وَلِىٍّ ، إذا اعتقَدَا حُرْمَتَه . وهو اختيارُ الصَّيْرَفِىِّ[48] ، من أصْحاب الشافعىِّ ؛ لما رَوَى الدَّارَقُطْنِىُّ[49] ، بإسْنادِه عن أبى هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ ، ولَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ، إنَّ الزَّانِيَةَ هِىَ الَّتِى تُزَوِّجُ نَفْسَهَا » . وبإسْنادِه[50] عن الشَّعْبِىِّ قال : ما كان أحدٌ من أصْحابِ النَّبىِّ ﷺ أشَدَّ فى النِّكاحِ بغير وَلِىٍّ من عَلِىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، كان يَضْرِبُ فيه . ورَوَى الشَّالَنْجِىُّ ، بإسْناده عن عِكْرِمةَ بن خالِدٍ ، أن الطَّرِيقَ جَمَعَتْ رَكْبًا فيه امرأةٌ ثَيِّبٌ ، فخَطَبَها رجلٌ ، فأنْكَحَها رَجُلٌ وهو غيرُ وَلِىٍّ بصَداقٍ وشُهُودٍ ، فلمَّا قَدِمُوا على عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، رُفِعَ إليه أمرُهُما ، ففرَّقَ بينهما ، وجَلَدَ النَّاكِحَ والمُنْكِحَ[51] . ولَنا ، أنَّ هذا مُخْتَلَفٌ فى إباحَتِه ، فلم يَجِبْ به الحدُّ ، كالنِّكاحِ بغير

---

(45) فى الأصل ، ب : « فيوجب » ، وفى ا : « فوجب » .

(46) سقط من : ا ، م .

(47) فى م : « اعتقد » .

(48) فى م : « السمرقندى » .

وهو أبو بكر محمد بن عبد الله الصيرفى ، أحد أصحاب الوجوه فى مذهب الشافعى ، ويقال : إنه أعلم خلق الله بالأصول بعد الشافعى ، توفى سنة ثلاثين وثلاثمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ١٨٦ ، ١٨٧ .

(49) فى كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٢٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا نكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ .

(50) فى كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٢٩ .

(51) وأخرجه الدارقطنى ، فى كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٢٥ . والبيهقى ، فى : باب لا نكاح إلا بولى ، =

شُهُودٍ ، ولأنَّ الحَدَّ يُدْرأُ بالشُّبُهاتِ ، والاخْتِلافُ فيه أقْوَى الشُّبُهاتِ ، وتَسْمِيَتُها زانيةً يجوزُ ، بدليلِ / أنَّه سَمَّاها بذلك بمُجَرَّدِ العَقْدِ ، وعمرُ جَلَدَهُما أدَبًا وتَعْزِيرًا ، ولذلك جَلَدَ المُنْكِحَ ولم يَجْلِد المرأةَ ، وجَلَدَهُما بمُجَرَّدِ العَقْدِ مع اعتقادِهِما حِلَّهُ . وكذلك حديثُ عليٍّ ، علَى أنَّ حديثَ عليٍّ حُجَّةٌ على مَنْ أوْجَبَ الحَدَّ فيه[٥٢] ؛ فإنَّ عَلِيًّا أشَدُّ الناسِ فيه ، وقد انتهى أمْرُه[٥٣] إلى الجَلْدِ ، فيدُلُّ[٥٤] على أن سائرَ الصَّحابةِ[٥٥] لم يَرَوْا فيه جَلْدًا . فإن قيلَ : فقد أوْجَبْتُم الحَدَّ على شارِبِ النَّبيذِ ، مع الاختلافِ[٥٦] فيه ؟ قُلْنا : هو مُفارِقٌ لمسألَتِنا ، بدليلِ أنَّا نَحُدُّ من اعْتَقدَ حِلَّه ، ولأنَّ يَسِيرَ النَّبيذِ يدعو إلى كثيرِه[٥٧] المُتَّفَقِ على تَحْرِيمه ، وهذا المُخْتَلَفُ فيه يُغْنِي عن الزِّنَى المُجْمَعِ على تَحْرِيمه ، فافْتَرَقَا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ مَن اعْتَقَدَ حِلَّه ليس عليه إثْمٌ ولا أدَبٌ ؛ لأنَّه من مسائلِ الفُرُوعِ المُخْتَلَفِ فيها ، ومَن اعْتَقَدَ حُرْمَتَه أَثِمَ وأُدِّبَ . وإن أتَتْ بوَلَدٍ منه ، لَحِقَه نَسَبُه فى الحالَيْنِ .

فصل : فأمَّا الأنْكِحةُ الباطِلةُ ، كنكاحِ المرأةِ المُزَوَّجةِ أو المُعْتَدَّةِ ، وشِبْهِهِ[٥٨] ، فإذا عَلِمَا الحالَ[٥٩] والتَّحْرِيمَ ، فهما زَانِيانِ ، وعليهما الحدُّ ، ولا يَلْحَقُ النَّسَبُ فيه .

فصل : ويُساوِى الفاسدُ الصحيحَ فى اللِّعانِ ، إذا كان بينهما وَلَدٌ يريد نَفْيَه عنه ،

= من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١١١ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى المرأة إذا تزوجت بغير ولى ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٣١ ، ١٣٢ .

(٥٢) سقط من : الأصل ، ا .

(٥٣) فى م : « الأمر » .

(٥٤) فى م : « فدل » .

(٥٥) فى م : « الناس والصحابة » .

(٥٦) فى الأصل ، ا : « الخلاف » .

(٥٧) فى الأصل ، ا ، ب : « الكثير » .

(٥٨) فى م : « أو شبهه » .

(٥٩) فى م : « الحل » .

لِكَوْنِ النَّسَبِ لاحِقًا به ، فإن لم يكُنْ وَلَدٌ ، فلا لِعَانَ بينهما ؛ لعدمِ الحاجةِ إليه ، وتجبُ العِدَّةُ بالخَلْوَةِ فيه ، وعِدَّةُ الوفاةِ بالمَوْتِ فيه ، والإحدادُ[60] ، كلُّ[61] ذلك احْتِياطًا لها . ويُفارِقُ الصحيحَ فى أنَّه لا يُثْبِتُ التَّوارُثَ ، ولا تَحْصُلُ به الإباحةُ للمُتَزَوِّجِ ، ولا الحِلُّ[62] للزَّوْجِ المُطَلِّقِ ثلاثًا بالوَطْءِ فيه ، ولا يَحْصُلُ الإحْصانُ بالوَطْءِ فيه ، ولا يَثْبُتُ حكمُ الإيلاءِ باليمينِ فيه ، ولا يَحْرُمُ الطَّلاقُ فيه فى زَمَنِ الحَيْضِ .

١١٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَأَحَقُّ النَّاسِ بِنِكَاحِ الْمَرْأَةِ الحُرَّةِ أَبُوهَا)

إنَّما قَيَّدَ المرأةَ بالحُرَّةِ[1] ههُنا ؛ لأنَّ الأمَةَ لا وِلايَةَ لأبِيها عليها ، وإنَّما وَلِيُّها سَيِّدُها . بغير خلافٍ عَلِمْناه . وأمَّا المرأةُ الحُرَّةُ ، فأوْلَى النَّاسِ بتَزْوِيجِها أبوها ، ولا وِلايَةَ لأحِدٍ معه . وبهذا قال الشَّافعيُّ . وهو المشهورُ عن أبى حنيفةَ . وقال مالكٌ والعَنْبَرِيُّ ، وأبو يوسفَ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ : الابْنُ أوْلَى . وهو رِوايةٌ عن أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه أوْلَى منه بالمِيراثِ ، وأقْوَى تَعْصِيبًا ، ولهذا يَرِثُ مَوْلَى[2] أبيه دون جَدِّه . ولَنا ، أنَّ الوَلَدَ مَوْهُوبٌ لأبِيه ، قال الله تعالى : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى ﴾[3] . وقال زَكَرِيَّا : ﴿ رَبِّ هَبْ لِى مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ﴾[4] . وقال : ﴿ فَهَبْ لِى مِن لَّدُنْكَ وَلِيًّا ﴾[5] . وقال إبراهيم : ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ / ٱلَّذِى وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وإِسْحَاقَ ﴾[6] . وقال ﷺ : ٦/٧ظ

---

(٦٠) فى الأصل زيادة : « إذ » .

(٦١) فى م : « وكل » .

(٦٢) فى م : « تحل » .

(١) فى الأصل ، ا ، ب : « بالحرية » .

(٢) فى م : « بولاء » .

(٣) سورة الأنبياء ٩٠ .

(٤) سورة آل عمران ٣٨ .

(٥) سورة مريم ٥ .

(٦) سورة إبراهيم ٣٩ .

« أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ »(٧) . وإثباتُ وِلَايةِ المَوْهُوبِ له على الهِبَةِ أَوْلى من العَكْسِ ، ولأنَّ الأَبَ أَكمَلُ نَظَرًا ، وأَشَدُّ شَفَقةً ، فوَجَبَ تقدِيمُه فى الوِلايةِ ، كتَقْدِيمِه على الجَدِّ ، ولأنَّ الأَبَ يَلِى وَلَدَه فى صِغَرِه وسَفَهِه وجُنُونِه ، فيَلِيه فى سائرِ ما ثَبَتَتِ الوِلَايةُ عليه فيه ، بخلافِ وِلايةِ الابْنِ ، ولذلك اخْتَصَّ بولايةِ المالِ ، وجاز له أن يَشْتَرِىَ لها من مالِه ، وله من مالِها ، إذا كانت صغيرةً ، بخلافِ غيرِه ، ولأنَّ الوِلَايةَ احْتِكامٌ ، واحْتِكامُ الأَصْلِ على فَرْعِه أَوْلَى من العَكْسِ ، وفارَقَ المِيراثَ ، فإنَّه لا يُعْتَبَرُ له النَّظَرُ ، ولهذا يَرِثُ الصَّبِىُّ والمَجْنُونُ وليس فيه احْتِكامٌ ولا وِلايةٌ على المَوْرُوثِ ، بخلافِ ما نحن فيه .

١١٠١ – مسألة ؛ قال : (ثُمَّ أَبُوهُ وَإِنْ عَلَا)

يعنى أنَّ(١) الجَدَّ أبَا الأَبِ وإن عَلَتْ دَرَجَتُه ، فهو أحقُّ بالوِلايةِ من الابـنِ وسائـرِ الأولياءِ . وهو قولُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ الابنَ مُقَدَّمٌ على الجَدِّ . وهو قولُ مالكٍ ومَنْ وافقَه ؛ لما تقدَّمَ . وعن أحمدَ ، روايةٌ ثالثة ، أنَّ الأخَ يُقَدَّمُ على الجَدِّ . وهو قولُ مالكٍ ؛ لأنَّ الجَدَّ يُدْلِى بأُبُوَّةِ الأبِ ، والأخَ يُدْلِى ببُنُوَّةِ(٢) ، والبُنُوَّةُ مُقَدَّمةٌ . وعن أحمدَ أن الجَدَّ والأخَ سَواءٌ ؛ لاسْتِوائِهما فى المِيراثِ بالتَّعْصِيبِ ، واسْتِوائِهمـا(٣) فى القَرَابةِ ، فوَجَبَ أن يَسْتَوِيا فى الوِلايةِ كالأخَوينِ ، ولأنَّهما عَصَبتانِ لا يسقُطُ أحدُهُما بالآخرِ(٤) ، فاسْتَوِيا فى الوِلَايةِ كالأخَوَيْنِ . ولَنا ، أنَّ الجَدَّ له إيلادٌ وتَعْصِيبٌ ، فيُقَدَّمُ عليهما ، كالأبِ ، ولأنَّ الابنَ والأخَ يُقادانِ بها ، ويُقْطَعانِ بسَرِقَةِ مالِها ، والجَدُّ بخِلافِه ، والجَدُّ(٥) لا يَسْقُطُ فى المِيراثِ إلَّا بالأبِ ، والأخُ يَسْقُطُ به وبالابْنِ وابْنِه ، وإذا ضاقَ

---

(٧) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٢٧٣ .
(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « بنوته » .
(٣) فى م : « فاستويا » .
(٤) فى الأصل ، ب : « الآخر » .
(٥) سقط من : م .

المالُ ، وفى المسألةِ جَدٌّ وأخٌ ، سَقَطَ الأخُ وحدَه ، فوَجَبَ تَقْدِيمُه عليهما كالأبِ ، وكتَقْديمِه[٦] على العَمِّ وسائرِ العَصَباتِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فالجَدُّ وإن عَلَا أوْلَى من جميعِ العَصَباتِ غيرَ الأبِ ، وأوْلَى الأجْدادِ أقْرَبُهم وأحَقُّهم بالمِيراثِ[٧] .

١١٠٢ – مسألة ؛ قال : (ثُمَّ ابْنُهَا وابْنُهُ وَإنْ سَفَلَ)

وجملتُه أنَّه متى عُدِمَ الأبُ وآباؤُه ، فأوْلَى الناسِ بتَزْوِيجِ المرأةِ ابْنُها ، ثم ابْنُه بعدَه وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُه ، الأقْرَبُ فالأقْرَبُ منهم . وبه قال أصحابُ الرَّأْيِ . وقال الشافعيُّ : لا وِلايَةَ للابْنِ إلَّا أن يكونَ ابنَ عَمٍّ ، أو مَوْلًى ، أو حاكمًا ، فيَلِي بذلك ، لا بالبُنُوَّةِ ؛ لأنَّه ليس بمُناسِبٍ لها ، فلا يَلِي نِكاحَها كخالِها ، ولأنَّ طَبْعَه يَنْفِرُ من تَزْوِيجِها ، فلا يَنْظُرُ لها . ولَنا ، ما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، / أنَّها لمَّا انْقَضَتْ عِدَّتُها ، أرْسَلَ إليها رسولُ اللهِ ﷺ يَخْطُبُها ، فقالت : يا رسولَ اللهِ : ليس[١] أحدٌ من أوْلِيائِى شاهِدًا . قال : « لَيْسَ مِنْ أوْلِيَائِكِ شَاهِدٌ[٢] وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذٰلِكَ » . فقالت : قُمْ يا عُمَرُ[٣] ، فزَوِّجْ رسولَ اللهِ ﷺ . فزَوَّجَه . رَواه النَّسائِىُّ[٤] . قال الأثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ ، فحديثُ عُمَرَ[٣] بن أبى سَلَمَةَ ، حين تزوَّجَ النَّبِىُّ ﷺ أُمَّه أُمَّ سَلَمَةَ ، أليس كان

٧/٧ و

(٦) فى م : « ولتقدمه » .

(٧) فى م : « فى الميراث » .

(١) فى الأصل زيادة : « لى » .

(٢) فى ا ، ب : « حاضر » .

(٣) فى م : « عمرو » . وعمر ابنها .

(٤) فى : باب إنكاح الابن أمه ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٦٦ ، ٦٧ .

كما أخرجه الحاكم ، فى : باب أعظم النساء بركة أيسرهن صداقا ، من كتاب النكاح . المستدرك ٢ / ١٧٨ ، ١٧٩ . والبيهقى ، فى : باب الابن يزوجها إذا كان عصبة لها غير البنوة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣١ .

وأخرجه مسلم ، فى : باب ما يقال عند المصيبة ، من كتاب الجنائز ، صحيح مسلم ٢ / ٦٣١ ، ٦٣٢ مختصرًا .

صغيرًا ؟ قال : ومَنْ يقولُ كان صغيرًا ، ليس فيه بَيانٌ . ولأنَّه عَدْلٌ من عَصَبَتِها ، فثَبَتَتْ[5] له وِلايةُ تَزْويجِها كأخِيها . وقولُهم : ليس بمُناسِبٍ لها . يَبْطُلُ بالحاكِمِ والمَوْلَى . وقولُهم : إنَّ طَبْعَه يَنْفِرُ من تَزْويجِها . قُلْنا : هذا مُعارِضٌ فى الفَرْعِ ليس له أصْلٌ ، ثم يَبْطُلُ بما إذا كان ابنَ عَمٍّ أو مَوْلى أو حاكِمًا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه يُقَدَّمُ على الأخِ ومَنْ بعدَه . بغيرِ خلافٍ نعلَمُه عندَ مَنْ يقول بولايَتِه ؛ لأنَّه أقْوَى منه تَعْصِيبًا ، وقد اسْتَوَيا فى عَدَمِ الإيلادِ .

١١٠٣ – مسألة ؛ قال : (ثُمَّ أخُوهَا لِأَبِيهَا وأُمِّهَا)

لا خلافَ بين أهلِ العِلْمِ فى تقديمِ الأخِ بعدَ عَمُودَىِ النَّسَبِ ؛ لكَوْنِه أقربَ العَصَباتِ بعدَهم ، فإنَّه ابنُ الأبِ ، وأقْواهُم تَعْصِيبًا ، وأحَقُّهُم بالميراثِ .

١١٠٤ – مسألة ؛ قال : (وَالْأَخُ لِلْأَبِ مِثْلُهُ)

اخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى الأخِ للأبَوَيْنِ والأخِ للأبِ إذا اجْتمعا ، فالمشهورُ عنه أنَّهما سَواءٌ فى الوِلايةِ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، والشافعىُّ فى القديمِ ؛ لأنَّهما اسْتَوَيا فى الإدْلاءِ بالجِهةِ التى تُسْتَفادُ منها العُصُوبةُ ، وهى جِهَةُ الأبِ ، فاسْتَوَيا فى الوِلايةِ ، كما لو كانا من أبٍ ، وإنَّما يُرَجَّحُ الآخَرُ[1] فى المِيراثِ بجِهةِ الأُمِّ ، ولا مَدْخَلَ لها فى الوِلايةِ ، فلم يُرَجَّحْ بها ، كالعَمَّيْنِ أحدُهما خالٌ ، وابْنَىْ عَمٍّ أحدهما أخٌ من أُمٍّ . والرِّواية الثانية ، الأخُ من الأبَوَيْنِ أوْلَى . واختارها أبو بكرٍ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ فى الجديدِ . وهو الصحيحُ ، إن شاء الله تعالى ؛ لأنَّه حَقٌّ يُسْتَفادُ بالتَّعْصِيبِ ، فقُدِّمَ فيه الأخُ من الأبوينِ ، كالمِيراثِ وكاسْتِحقاقِ الميراثِ بالوَلاءِ ، فإنَّه لا مَدْخَلَ للنساءِ فيه ، وقد قُدِّمَ الأخُ للأبَوَيْنِ[2] فيه . وبهذا يَبْطُلُ ما ذكَرْناه للرِّوايةِ الأُولى . وهكذا الخلافُ فى

---

(٥) فى م : « فثبت » .

(١) فى م : « الأخ » .

(٢) فى م : « من الأبوين » .

بَنِى الإِخْوةِ والأَعْمامِ وبَنِيهم . فأمَّا إذا كان ابْنَا[3] عَمٍّ لأبٍ ، أحدُهما أخٌ لأمٍّ ، فهما سَواءٌ ؛ لأنَّهما اسْتَوَيا فى التَّعْصِيبِ والإِرْثِ به . وقال القاضى : فيهما من الخلافِ مثلُ ما فى ابْنِ عَمٍّ من أبَوَيْنِ وابنِ عَمٍّ من أبٍ ؛ لأنَّه يُرَجَّحُ بجهةِ أُمِّه . وليس كذلك ؛ لأنَّ جِهَةَ أُمِّهِ يَرِثُ / بها مُنْفَرِدةً ، وما وَرِثَ به مُنْفَرِدًا لم يُرَجَّحْ به ، ولذلك لم يُرَجَّحْ به فى الميراثِ بالوَلاءِ ولا فى غيرِه . فعلى هذا ، إذا اجتمعَ ابنُ عَمٍّ لأبَوَيْن[4] وابنُ عَمٍّ لأبٍ[5] هو أخٌ من أمٍّ ، فالولايةُ لِابْنِ العَمِّ من الأبوَيْنِ عندَ مَنْ يرى تَقْدِيمَ وَلَدِ الأبوَيْنِ .

٧/٧ظ

١١٠٥ – مسألة ؛ قال : (ثُمَّ أَوْلَادُهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ الْعُمُومةُ ، ثُمَّ أَوْلَادُهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ عُمُومةُ الْأَبِ)

وجملتُه أنَّ الوِلايةَ بعدَ مَنْ ذَكَرْنا تَتَرتَّبُ على تَرْتيبِ الإِرْثِ بالتَّعْصِيبِ ، فأحَقُّهُم بالميراثِ أحقُّهُم بالولايةِ ، فأَوْلاهُم بعدَ الآباءِ بَنُو المَرْأةِ ، ثم بَنُوهُم وإن سَفَلُوا ، ثم بَنُو أبيها وهم الإِخْوةُ ، ثم بَنُوهُم وإن سَفَلُوا ، ثم بنو جَدِّها وهم الأعْمامُ ، ثم بَنُوهُم وإن سَفَلُوا ، ثم بنو جَدِّ الأبِ وهم أعْمامُ الأبِ ، ثم بَنُوهُم وإن سَفَلُوا ، ثم بنو جَدِّ الْجدِّ ، ثم بَنُوهُم ، وعلى هذا لا يَلِى بنو أبٍ أعْلَى مع بنى أبٍ أقْرَبَ منه وإن نَزَلَتْ درَجَتُهم ، وأَوْلَى وَلَدِ كلِّ أبٍ أقْرَبُهم إليه ؛ لأنَّ مَبْنَى الوِلايةِ على النَّظَرِ والشَّفَقةِ ، وذلك مُعْتَبَرٌ بمَظِنَّتِه ، وهى القَرابةُ ، فأقْرَبُهُم أشْفَقُهم . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا بين أهلِ العلمِ .

فصل : ولا وِلايةَ لغيرِ العَصَباتِ من الأقاربِ ، كالأخِ من الأمِّ ، والخالِ ، وعَمِّ[(1] الأمِّ ، والجَدِّ[1)] أبى الأمِّ ونحوهم . نصَّ عليه أحمدُ فى مواضعَ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وإحْدَى

(٣) فى الأصل : « ابنى » .

(٤) فى الأصل ، ا ، م : « من أبوين » .

(٥) فى الأصل ، م : « من أب » .

(١ – ١) فى الأصل : « الأب والجد » .

الرِّوايتين عن أبى حنيفةَ . والثانية ، أنَّ كلَّ مَنْ يَرِثُ بفَرْضٍ أو تَعْصِيبٍ يَلِى ؛ لأنَّه من أهلِ مِيراثِها ، فوَلِيَها كعَصَباتِها . ولَنا ، ما رُوِىَ عن علىٍّ ، أنَّه قال : إذا بَلَغَ النِّساءُ نَصَّ الْحَقائقِ[2] ، فالعَصَبَةُ أَوْلَى[3] . إذا أدْرَكْنَ . رواه أبو عُبَيْدٍ ، فى « الغَرِيبِ »[4] . ولأنَّه ليس من عَصَباتِها فأشْبَه الأجْنَبِىَّ .

١١٠٦ ـ مسألة ؛ قال : (ثُمَّ الْمَوْلَى الْمُنْعِمُ ، ثُمَّ أَقْرَبُ عَصَبَتِهِ بِهِ)

لا خلافَ نعلمُه فى أنَّ المرأةَ إذا لم يكُنْ لها عَصَبَةٌ من نَسَبِها ، أنَّ مَوْلاها يُزَوِّجُها ، ولا فى أنَّ العَصَبَةَ[1] الْمُناسِبَ أَوْلَى منه ، وذلك لأنَّه عَصَبةُ مَوْلاتِه ، يَرِثُها ويَعْقِلُ عنها عندَ عَدَمِ عصباتِها ، فلذلك يُزَوِّجُها ، وقُدِّمَ عليه الْمُناسِبُون كما قُدِّمُوا عليه فى الإِرْثِ والعَقْلِ . فإنْ عُدِمَ المَوْلَى ، أو لم يكُنْ من أهْلِ الوِلايةِ ، كالمرأةِ والطِّفْلِ والكافِرِ ، فعَصَباتُه الأقْرَبُ منهم فالأقْرَبُ ، على ترتيبِ المِيراثِ ، ثم مَوْلَى المَوْلَى ، ثم عَصَباتُه من بعدِه ، كالمِيراثِ سَواءً . فإن اجتمعَ ابنُ المُعْتِقِ وأبوه ، فالابنُ أَوْلَى ؛ لأنَّه أحَقُّ بالمِيراثِ وأقْوَى فى التَّعْصِيبِ ، وإنَّما قُدِّمَ الأبُ المُناسِبُ على الابنِ المُناسبِ لِزيادةِ شَفَقتِه وفَضِيلةِ وِلادَتِه ، / وهذا معدومٌ فى أبِى المُعْتِقِ ، فرُجِعَ به إلى الأصْلِ . ٨/٧و

١١٠٧ ـ مسألة ؛ قال : (ثُمَّ السُّلْطَانُ)

لا نعلمُ خلافًا بين أهلِ العلمِ ، فى أنَّ للسُّلطانِ وِلايةَ تَزْوِيجِ المرأةِ عندَ عَدَمِ أوْلِيائِها أو عَضْلِهم . وبه يقول مالكٌ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ .

---

(٢) فى ا : « الحقاق » . وهما روايتان . وأصل النص : منتهى الأشياء ومبلغ أقصاها . والحقاق ، هو المحاقة ، أن تحاقّ الأم العصبة فيهن ، فتقول : أنا أحق . ويقولون : نحن أحق . غريب الحديث ٣ / ٤٥٧ ، ٤٥٨ . وفى حاشية ا : « نص ، بفتح النون وتشديد الصاد . قال ابن المبارك : معناه إذا بلغت من سنها المبلغ الذى يصلح أن يخاصم وتخاصم ، فالعصبة أولى من أمها ، والحاق مصدر المحاقة » .

(٣) فى ب زيادة : « يعنى » .

(٤) غريب الحديث ٣ / ٤٥٦ ، ٤٥٧ .

(١) فى ب ، م : « عصبة » .

والأصلُ فيه قولُ النبيِّ ﷺ : « فَالسُّلطانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ له »[1] . ورَوَى أبو دَاوُد[2] ، بإسْنادِهِ عن أُمِّ حَبِيبَةَ ، أنَّ النَّجاشِيَّ زَوَّجَها رسولَ اللهِ ﷺ ، وكانت عندَه . ولأنَّ للسُّلطانِ وِلايةً عامَّةً بدليلِ أنه يَلِى المالَ ، ويَحْفَظُ الضَّوالَّ ، فكانت له الوِلايةُ[3] فى النِّكاحِ كالأبِ .

فصل : والسلطانُ هٰهنا هو الإمامُ ، أو الحاكمُ ، أو مَنْ فَوَّضَا إليه ذلك . واخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى والِى البلدِ ، فقال فى موضعٍ : يُزَوِّجُ وَالِى البَلَدِ . وقال فى الرُّسْتاقِ[4] يكونُ فيه الوالِى وليس فيه قاضٍ : يُزَوِّجُ إذا احْتاطَ لها فى المَهْرِ والكُفْءِ ، أرجو أن لا يكونَ به بأسٌ ؛ لأنَّه ذو سلطانٍ ، فيَدْخُلُ فى عمومِ الحديثِ . وقال فى موضعٍ آخرَ ، فى المرأةِ إذا لم يكُنْ لها وَلِيٌّ : فالسلطانُ المُسَلَّطُ على الشيءِ ؛ القاضِى يَقْضِى فى الفُرُوجِ والحُدُودِ والرَّجْمِ ، وصاحبُ الشُّرْطةِ إنَّما هو مُسَلَّطٌ فى الأدَبِ والجِبَايَةِ[5] . وقال : ما للوالِى وذَا[6] ! إنَّما هو إلى القاضى . وتأوَّلَ القاضى الرِّوايةَ الأُولَى على أنَّ الوَالِىَ أُذِنَ له فى التَّزويجِ . ويَحتَمِلُ أنَّه جَعَلَ له ذلك إذا لم يكُنْ فى موضعِ وِلايتِه قاضٍ ، فكأنَّه قد فَوَّضَ إليه النظرَ فيما يَحْتاجُ إليه فى وِلايتِه ، وهذا منها .

فصل : وإذا اسْتَوْلَى أهلُ البَغْىِ على[7] بلدٍ ، جَرَى حُكْمُ سُلْطانِهِم وقاضِيهم فى ذلك مَجْرَى الإمامِ وقاضِيه ؛ لأنَّه أُجْرِىَ مُجْراه فى قَبْضِ الصَّدَقاتِ والجِزْيةِ والخَراجِ والأحْكامِ ، فكذلك فى هذا .

فصل : واخْتلَفتِ الرِّوايةُ فى المرأةِ تُسْلِمُ على يدِ رَجُلٍ ، فقال فى موضعٍ : لا يكونُ وَلِيًّا

---

(1) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .

(2) تقدم تخريجه فى : ٧ / ١٩٩ .

(3) فى ا ، ب ، م : « ولاية » .

(4) الرستاق : السواد والقرى .

(5) فى ا ، ب ، م : « والجناية » .

(6) فى م : « ولاية » .

(7) فى ب ، م : « فى » .

لها ، ولا يُزوِّجُ حتَّى[8] يأتِيَ السُّلطانُ ؛ لأنَّه ليس من عَصَبَتِها[9] ، ولا يَعْقِلُ عنها ، ولا يَرِثُها ، فأشْبَه الأجنبيَّ . وقال فى روايةٍ أُخرَى[10] ، فى امْرأةٍ أسْلَمتْ على يدِ[11] رَجُلٍ : يُزَوِّجُها هو . وهو قولُ إسحاق . ورُوِىَ عن ابن سِيرِينَ[12] أنَّه لا يَفْعَلُ ذلك حتى يأتِىَ السُّلْطان . وعن الحسنِ أنَّه كان لا يَرَى بأسًا أن يُزَوِّجَها نَفْسَه . [13]وذلك لما[13] رَوَى أبو داودَ[14] ، بإسْنادِه عن تَمِيمٍ الدّارِيِّ ، أنَّه قال : يا رسولَ اللهِ ، ما السُّنَّةُ فى الرَّجُلِ يُسْلِمُ على يَدِ الرَّجُلِ من المسلمينَ ؟ قال : / « هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بمَحْيَاهُ ومَمَاتِهِ » . إلَّا أنَّ هذا الحديثَ ضَعَّفَه أحمدُ ، وقال : رَاوِيه[15] عبدُ العزيزِ - يعنى ابْنَ عُمَرَ بن عبدِ العزيزِ - وليس هو من أهلِ الحِفْظِ والإتْقانِ .

٨/٧ ظ

فصل : فإن لم يُوجَدْ للمرأةِ وَلِىٌّ ولا ذو سلطانٍ ، فعن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّه يُزَوِّجُها رَجُلٌ عَدْلٌ بإذْنِها ، فإنَّه قال فى دُهْقانِ[16] قَرْيةٍ : يُزَوِّجُ من لا[17] وَلِىَّ لها إذا احْتاطَ لها فى الكُفْءِ والمَهْرِ ، إذا لم يكُنْ فى الرُّسْتاقِ قاضٍ . قال ابنُ عَقِيلٍ : أخَذَ قومٌ من أصْحابِنا من هذه الرِّوايةِ ، أنَّ النِّكاحَ لا يَقِفُ على وَلِىٍّ . قال : وقال القاضى : نُصوصُ[18] أحمدَ تَمْنعُ من ذلك . والصحيحُ أن هذا القولَ مُخْتَصٌّ بحالِ عَدَمِ الوَلِىِّ والسلطانِ ؛ لأنَّه شَرَطَ أن لا يكونَ فى الرُّسْتاقِ قاضٍ . ووَجْهُ ذلك أنَّ اشْتِراطَ الوَلِىِّ هٰهُنا يَمْنَعُ النِّكاحَ

---

(٨) سقط من : م .

(٩) فى م : « عصباتها » .

(١٠) فى الأصل : « حرب » .

(١١) فى ب : « يدى » .

(١٢) فى م : « مسعود » .

(١٣-١٣) فى م : « ولما » .

(١٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٤ .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « رواية » .

(١٦) الدهقان : زعيم فلاحى العجم .

(١٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٨) فى م : « منصوص » .

بالكُلِّيَةِ ، فلم يَجُزْ ، كاشْتِراطِ المُناسِبِ فى حَقِّ مَنْ لا مُناسِبَ لها . ورُوِىَ أنَّه لا يَجُوزُ النِّكاحُ إلَّا بِوَلِىٍّ ؛ لعُمُومِ الأخْبارِ فيه .

١١٠٨ – مسألة ؛ قال : (وَوَكِيلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هٰؤُلَاءِ يَقُومُ مَقَامَهُ وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا)

وجملةُ ذلك أنَّه يجوزُ التَّوْكِيلُ فى النِّكاحِ ، سواءٌ كان الوَلِىُّ حاضِرًا أو غائبًا ، مُجْبَرًا أو غيرَ مُجْبَرٍ ؛ لأنَّه رُوِىَ أنَّ[1] النَّبِىَّ ﷺ[2] وَكَّلَ أبا رافِعٍ فى تَزْوِيجِه مَيْمُونةَ ، ووَكَّلَ عَمْرَو بن أُمَيَّةَ فى تَزْوِيجِه أُمَّ حَبِيبةَ[3] . ولأنَّه عَقْدُ مُعاوضةٍ ، فجازَ التَّوْكِيلُ فيه كالبَيْعِ . ولأصْحابِ الشافعىِّ فى تَوْكِيلِ غيرِ الأبِ والجَدِّ وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يجوزُ ؛ لأنَّه يَلِى بالإِذْنِ ، فلم يَجُزِ التَّوْكِيلُ له ، كالوَكِيلِ . ولَنا ، أنَّه يَلِى شَرْعًا ، فكان له التَّوْكِيلُ كالأبِ ، ولا يَصِحُّ قولُهم : إنَّه يَلِى بالإِذْنِ . فإنَّ وِلايَتَه ثابتةٌ قبلَ إذْنِها ، وإنما إذْنُها شَرْطٌ لصِحَّةِ تَصَرُّفِه ، فأشْبَهَ وِلايةَ الحاكِمِ عليها ، ولا خِلافَ فى أنَّ للحاكِمِ أن يَسْتَنِيبَ فى التَّزْوِيجِ من غيرِ إذْنِ المرأةِ ، ولأنَّ المرأةَ لا وِلايةَ لها على نَفْسِها ، فكيف تُنِيبُ[4] لنائِبِها من قِبَلِها !

فصل : ويجوزُ التوكيلُ مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا ، فالمقيَّدُ التوكيلُ فى تزْويجِ رَجُلٍ بعَيْنِه . والمُطْلَقُ[5] التَّوكيلُ فى تَزْوِيجِ مَنْ يَرْضاه أو مِن مَنْ[6] شاءَ[7] . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى

---

(١) فى م : « عن » .

(٢) فى م زيادة : « أنه » .

(٣) تقدم حديث أبى رافع فى : ٥ / ١٦٣ . وحديث عمرو بن أمية ، فى : ٧ / ١٩٧ ، وصفحة ٣٥٧ .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى الأصل زيادة : « فى » .

(٦) سقط من : ا ، ب .

(٧) فى م : « يشاء » .

رِوَايةِ عبدِ الله ، فى الرَّجُلِ يُوَلِّى على أُخْتِه أو ابْنَتِه[٨] ، يقول : إذا وَجَدْتَ مَنْ تَرْضاه فزَوِّجْه[٩] . فتَزْوِيجُه جائزٌ . ومَنَعَ بعضُ الشافعيةِ التَّوْكيلَ المُطْلَقَ . ولا يَصِحُّ ؛ فإنَّه رُوِىَ أن رَجُلًا من العَرَبِ تَرَكَ ابْنَتَه عند عمرَ ، وقال : إذا وَجَدْتَ لها كُفْؤًا فزَوِّجْه إيَّاها ، ولو بشِرَاكِ نَعْلِه . فزَوَّجَها عمرُ[١٠] عثمانَ بن عَفَّان ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فهى أُمُّ عُمَرَ[١١] بن عثمانَ[١٢] . واشْتَهَرَ / ذلك فلم يُنْكَرْ ، ولأنَّه إذْنٌ فى النِّكاحِ ، فجاز مُطْلَقًا ، كإذْنِ المرأةِ ، أو عَقْدٌ فجازَ التوكيلُ فيه مُطْلَقًا . واللهُ أعلم .

٩/٧و

فصل : ولا يُعْتَبرُ فى صِحَّةِ الوكالةِ إذْنُ المَرْأةِ فى التَّوْكيلِ ، سواءٌ كان المُوَكِّلُ أبًا أو غيرَه . ولا يَفْتَقِرُ إلى حُضُورِ شاهِدَيْنِ . وقال بعضُ الشافعيةِ : لا يجوزُ لغيرِ المُجْبِرِ التَّوْكيلُ إلَّا بإذْنِ المرأةِ . وخَرَّجَه القاضى على الرِّوايتَيْنِ فى توكيلِ الوَكيلِ من غيرِ إذْنِ المُوَكِّلِ . وحُكِىَ عن الحَسَنِ بنِ صالحٍ ، أنَّه لا يَصِحُّ إلَّا بحَضْرةِ شاهِدَينِ ؛ لأنَّه يُرَادُ لحِلِّ الوَطْءِ ، فافْتَقَرَ إلى الشَّهادةِ ، كالنِّكاحِ . ولَنا ، أنَّه إذْنٌ من الوَلِىِّ فى التَّزْويجِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى إذْنِ المرأةِ ، ولا إلى إشْهادٍ ، كإذْنِ الحاكمِ . وقد بَيَّنَّا أن الوَلِىَّ ليس بوَكِيلٍ للمرأةِ[١٣] ، وهذا التوكيلُ لا يَمْلِكُ به البُضْعَ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى إشْهادٍ ، بخِلافِ النِّكاحِ . ويَبْطُلُ ما ذكَره الحسنُ بن صالحٍ بالتَّسَرِّى .

فصل : ويَثْبُتُ للوكيلِ مثلُ[١٤] ما يَثْبُتُ[١٥] للمُوَكِّلِ . وإن كان للوَلِىِّ الإجْبارُ ثَبَتَ

---

(٨) فى ب ، م : « وابنته » .
(٩) فى م : « فزوجها » .
(١٠) فى م زيادة : « من » .
(١١) فى ا ، ب ، م : « عمرو » . ولعل الصواب ما فى الأصل ، فإن عمرا كان أكبر ولد عثمان الذين أعقبوا . انظر ترجمة عمر وعمرو ابنا عثمان فى تهذيب التهذيب ٧ / ٤٨١ ، ٨ / ٧٨ .
(١٢) لم نجده ، وانظر : إرواء الغليل ٦ / ٢٥٣ ، ٢٥٤ .
(١٣) فى ا : « المرأة » .
(١٤) سقط من : م .
(١٥) فى ب : « ثبت » .

ذلك لوَكِيلِه . وإن كانت وِلايَتُه وِلايةَ مُرَاجَعةٍ ، احتاجَ الوكيلُ[16] إلى إذْنِها ومُرَاجَعَتِها ؛ لأنَّه نائبٌ فيثبتُ[17] له مثلُ ما ثَبَتَ[18] لِمَنْ يَنُوبُ عنه . وكذلك الحكمُ فى السلطانِ والحاكمِ يأْذَنُ لغيرِه فى التَّزويجِ ، فيكونُ المأذونُ له قائمًا مَقامَه .

فصل : واخْتَلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، رَحِمهُ اللهُ ، هل تُسْتفادُ وِلايةُ[19] النِّكاحِ بالوَصِيَّةِ ؟ فرُوِىَ أنَّها تُسْتفادُ بها . وهو اختيارُ الْخِرَقِىِّ ؛ لقولِه : أو وَصَّى ناظرًا[20] له فى التَّزويجِ . وهو قولُ الحسنِ ، وحمَّادِ بن أبى سليمانَ ، ومالكٍ . وعنه لا تُسْتفادُ بالوَصِيَّةِ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والحارثُ العُكْلِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّها وِلايةٌ تَنْتَقِلُ إلى غيرِه شَرْعًا ، فلم يَجُزْ أن يُوصِى بها كالحَضانةِ ، ولأنَّه لا ضَرَرَ على الوَصِىِّ فى تَضْيِيعِها ووَضْعِها عند مَنْ لا يُكافِئُها ، فلم تَثْبُتْ له الولايةُ كالأَجْنَبىِّ ، ولأنَّها وِلايةُ نِكاحٍ ، فلم تَجُزِ الوَصِيَّةُ بها ، كوِلايةِ الحاكمِ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابن حامدٍ : إن كان لها عَصَبةٌ ، لم تَجُزِ الوَصِيَّةُ بِنِكاحِها ؛ [21]لأنَّه يُسْقِطُ حقَّهم بوَصِيَّتِه[21] ، وإن لم يكُنْ عَصَبةٌ ، جاز لعدَمِ ذلك . ولَنا ، أنَّها وِلايةٌ ثابتةٌ للأبِ ، فجازَتْ وَصِيَّتُه بها ، كوِلايةِ المالِ ، ولأنَّه يجوزُ أن يَسْتَنِيبَ فيها فى حَياتِه ، فيكونَ نائبُه قائمًا مقامَه بعدَ مَوْتِه ، فجاز أن يستنيبَ فيها ، كوِلايةِ المالِ . وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بوِلايةِ المالِ . فعلى هذا لا يَصِيرُ وَصِيًّا فى النِّكاحِ بالوَصِيَّةِ إليه فى المالِ ؛ / لأنَّها إحْدَى الوِلايتَيْنِ، فلم يَمْلِكْها بالوصيةِ [22]إليه فى المالِ[22] ، كالوَصِيَّةِ[23] الأُخْرَى ، قِياسًا على وَصِيَّةِ المالِ لا تُمْلَكُ بالوَصِيَّةِ فى النِّكاحِ .

٩/٧ ظ

---

(١٦) سقط من : م .
(١٧) فى الأصل ، ب : « فثبت » .
(١٨) فى ا : « يثبت » .
(١٩) فى م : « الولاية فى » .
(٢٠) فى الأصل ، ب : « ناظر » .
(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل .
(٢٢ – ٢٢) سقط من : ا ، ب ، م .
(٢٣) سقط من : ا .

فصل : فعلى هذا تجوزُ الوَصِيَّةُ بالنِّكاحِ مِنْ كلِّ ذِى وِلايةٍ ، سواءٌ كان مُجْبِرًا كالأبِ ، أو غيرَ مُجْبِرٍ كغيرِه ، ووَصِىُّ كلِّ وَلِىٍّ يَقُومُ مَقامَه ، فإن كان الوَلِىُّ له الإجْبارُ فكذلك[24] لِوَصِيِّه[25] . وإن كان يحتاجُ إلى إذْنِها فوَصِيُّه[26] كذلك ؛ لأنَّه قائِمٌ[27] مَقامَه ، فهو كالوَكِيلِ . وقال مالكٌ : إن عَيَّنَ الأبُ الزَّوْجَ ، مَلَكَ الوَصِىُّ إجبارَها ، صغيرةً كانت أو كبيرةً ، وإن لم يُعَيِّنِ الزَّوْجَ ، وكانت ابْنَتُه كبيرةً ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، واعْتُبِرَ إذْنُها ، وإن كانت صغيرةً ، انْتَظَرْنا بُلُوغَها ، فإذا أذِنَتْ ، جاز أن يُزَوِّجَها بإذْنِها . ولَنا ، أنَّ مَنْ مَلَكَ التَّزْويجَ إذا عُيِّنَ له الزَّوْجُ ، مَلَكَ مع الإطْلاقِ ، كالوَكِيلِ ، ومتى زَوَّجَ وَصِىٌّ[28] الأبِ الصغيرةَ فبَلَغَتْ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ الوَصِىَّ قائِمٌ مقامَ المُوصِى ، فلم يَثْبُتْ فى تَزْوِيجه خِيارٌ ، كالوَكِيلِ .

١١٠٩ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا كَانَ الْأَقْرَبُ مِنْ عَصَبَتِهَا طِفْلًا أوْ كَافِرًا أوْ عَبْدًا ، زَوَّجَها الْأَبْعَدُ مِنْ عَصَبَتِهَا)

وجملةُ ذلك أنَّ الوِلايَةَ لا تثبتُ لطِفْلٍ ولا عَبْدٍ ولا كافرٍ على مُسْلِمةٍ بحالٍ ، فعندَ ذلك يكونُ وُجودُهم كالعَدَمِ ، فتَثْبُتُ الوِلايةُ لمَنْ هو أبْعَدُ منهم كما لو ماتُوا . وتُعْتَبرُ لثُبوتِ الوِلايةِ لمَنْ سَمَّيْنا سِتَّةُ شُرُوطٍ ؛ العَقْلُ ، والحُرِّيَّةُ ، والإسلامُ ، والذُّكُورِيَّةُ ، والبُلُوغُ ، والعَدالةُ ، على اختلافٍ نَذْكُرُه . فأمَّا العقلُ ، فلا خِلافَ فى اعتبارِه ؛ لأنَّ الوِلايَةَ إنما تَثْبُتُ نَظَرًا للمُوَلَّى عليه عندَ عَجْزِه عن النَّظَرِ لنَفْسِه ، ومَنْ لا عَقْلَ له لا يُمْكِنُه النَّظَرُ ، ولا

---

(٢٤) فى الأصل : « فذلك » .
(٢٥) فى ا ، م : « وصية » .
(٢٦) فى ا ، م : « فوصيها » .
(٢٧) فى م : « يقوم » .
(٢٨) فى م : « وكيل » .

يَلِي نَفْسَه ، فغيرُه أَوْلَى ، وسواءٌ فى هذا مَنْ لا عَقْلَ له لصِغَرِه كطِفْلٍ[1] ، أو مَنْ[2] ذَهَبَ عَقْلُه بِجُنُونٍ أو كِبَرٍ ، كالشَّيْخِ إذا أَفْنَدَ[3] . قال القاضى : والشَّيْخُ الذى قد ضَعُفَ لكِبَرِه[4] ، فلا يَعْرِفُ مَوْضِعَ الحَظِّ[5] لها ، لا وِلَايَةَ له . فأمَّا الإِغْماءُ فلا يُزِيلُ الوِلَايَةَ ؛ لأنَّه يَزُولُ عن قُرْبٍ ، فهو كالنَّوْمِ ، ولذلك لا تثبتُ الوِلَايَةُ عليه ، ويجوزُ على الأنْبياءِ عليهم السلامُ . ومَنْ كان يُجَنُّ فى الأحْيانِ لم تَزُلْ وِلَايَتُه ؛ لأنَّه لا يَسْتَدِيمُ زَوَالُ عَقْلِه ، فهو كالإِغْماءِ . الشَّرْط الثانى ، الحُرِّيَّةُ ، فلا وِلَايَةَ لعَبْدٍ فى قولِ جماعةِ أَهْلِ العلمِ ، فإنَّ العَبْدَ لا وِلَايَةَ له على نَفْسِه ، فعلى غيرِه أَوْلَى . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : يجوزُ أن يُزَوِّجَها العَبْدُ بإذْنِها ، بِناءً منهم[6] على أنَّ المرأةَ تُزَوِّجُ نَفْسَها . وقد مَضَى الكلامُ فى هذه المسألة . الشَّرْط الثالث ، الإِسلامُ ، /فلا يثبتُ لكافرٍ وِلَايَةٌ على مُسْلِمةٍ . وهو قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ أيضا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ عامَّةُ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ على هذا . قال أحمدُ : بَلَغَنا أنَّ عَلِيًّا أجازَ نِكاحَ أخٍ[7] ، ورَدَّ نِكاحَ الأبِ وكان نَصْرانِيًّا . الشَّرْط الرَّابع ، الذُّكُورِيَّةُ شرطٌ للوِلَايةِ فى قولِ الجميعِ ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ فيها الكَمالُ ، والمرأةُ ناقصةٌ قاصرةٌ ، تَثْبُتُ الوِلَايَةُ عليها لقُصُورِها عن النَّظَرِ لنَفْسِها ، [8]فلأَن لا[8] تَثْبُتَ لها وِلَايةٌ[9] على غيرِها أَوْلَى . الشَّرْط الخامس ، البُلُوغُ شرطٌ فى ظاهرِ المَذْهبِ . قال أحمدُ : لا يُزَوِّجُ الغلامُ حتى يَحْتَلِم ، ليس له أَمْرٌ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم الثَّوْرِىُّ والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأبو ثَوْرٍ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّه إذا بَلَغَ عَشْرًا

١٠/٧ و

(١) سقط من : الأصل . وفى ا ، ب : « كالطفل » .

(٢) فى الأصل ، م : « ومن » .

(٣) أفند : ضعف رأيه من الهرم .

(٤) فى الأصل ، ا : « لكبر » .

(٥) فى م : « الحفظ » .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى م : « الأخ » .

(٨ – ٨) فى ا ، ب ، م : « فلا » .

(٩) سقط من : الأصل .

زَوَّجَ ، وتَزَوَّجَ ، وطَلَّقَ ، وأُجيزَتْ وَكالَتُه [10]فى الطَّلاقِ[10] . وهذا يَحْتَمِلُه كلامُ الخِرَقِىِّ ؛ لتَخْصِيصِه المَسْلُوبَ الوِلايَةِ بكَوْنِه طِفْلًا ، ووَجْهُ ذلك أنَّه يَصِحُّ بَيْعُه ووَصِيَّته وطَلَاقُه[11] ، فثَبَتَتْ[12] له الوِلايَةُ[13] كالبالِغ . والأَوَّلُ اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وهو الصحيحُ ؛ لأنَّ الوِلايَةَ يُعْتَبَرُ لها كَمالُ الحالِ ، لأنَّها [14]تَنْفِيذُ التَّصَرُّفِ[14] فى حَقِّ غيرِه اعْتُبِرَتْ نَظَرًا له ، والصَّبِىُّ مُوَلًّى عليه لقُصُورِه ، فلا تَثْبُتُ له الوِلايَةُ ، كالمرأةِ . الشَّرْط السادس ، العَدَالةُ . وفى كَوْنِها شَرْطًا روايتانِ ؛ إحداهما ، هى شَرْطٌ . قال أحمدُ : إذا كان القاضى مثلَ ابن الحَلَبىِّ وابن الجَعْدِىِّ[15] اسْتَقْبَلَ النِّكاحَ . فظاهِرُ هذا أنَّه أفْسَدَ النِّكاحَ لانْتِفاءِ عَدالةِ المُتَوَلِّى[16] له[17] . وهذا قولُ الشافعىِّ ؛ وذلك لما رُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : لا نِكَاحَ إلَّا [18]بشَاهِدَىْ عَدْلٍ ووَلِىٍّ مُرْشِدٍ[18] . قال أحمدُ : أصَحُّ شىءٍ فى هذا قولُ ابنِ عباسٍ ، وقد رُوِىَ - يَعْنِى[19] عن[13] ابن عباسٍ - قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا نِكَاحَ إلَّا بوَلِىٍّ وشَاهِدَىْ عَدْلٍ . وأَيُّمَا امْرَأَةٍ أَنْكَحَهَا وَلِىٌّ مَسْخُوطٌ عَلَيْهِ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ »[20] . ورَوَى[21] أبو بكرٍ[22] البَرْقَانِىُّ بإسْنادِه عن جابرٍ قال :

(10 - 10) سقط من : م .

(11) فى م : « فى طلاقه » .

(12) فى ب ، م : « فثبت » .

(13) سقط من : ا .

(14 - 14) فى م : « تتقيد بالتصرف » .

(15) فى الأصل : « الجعد » ، ولعلهما مثلان لقضاة غير عدول فى زمنه .

(16) فى ب ، م : « المولى » .

(17) سقط من : الأصل .

(18 - 18) فى م : « بولى مرشد وشاهدى عدل » .

وأخرجه البيهقى ، فى : باب لا نكاح إلا بولى مرشد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 126 .

(19) سقط من : ب ، م .

(20) أخرجه الدارقطنى ، فى كتاب النكاح . سنن الدارقطنى 3 / 221 ، 222 . والبيهقى ، فى : باب لا نكاح إلا بولى مرشد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 124 .

(21) فى م زيادة : « عن » .

(22) فى م : « أبى بكر » .

=

قال رسولُ الله ﷺ : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِيٍّ مُرْشِدٍ ، وشَاهِدَىْ عَدْلٍ »[٢٣] . ولأنَّها وِلايةٌ نَظَرِيَّةٌ ، فلا يَسْتَبِدُّ بها الفاسِقُ ، كوِلايةِ المالِ . والرِّوايةُ الأُخْرَى ، ليست بشَرْطٍ . نقل مُثَنَّى بن جامعٍ ، أنَّه سأل أحمدَ : إذا تَزَوَّجَ بوَلِيٍّ فاسِقٍ[٢٤] ، وشُهُودٍ غيرِ[٢٥] عُدُولٍ ؟ فلم يَرَ أنَّه يَفْسُدُ من النِّكاحِ شيءٌ ، وهذا ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه ذَكَرَ الطِّفلَ والعبدَ والكافرَ ، ولم يذكرِ الفاسقَ . وهو قول مالكٍ ، وأبي حنيفةَ ، وأحدُ قَوْلَيِ الشافعيِّ ؛ لأنَّه يَلِي نكاحَ نَفْسِه ، فتَثْبُتُ له الوِلايةُ على غيرِه ، كالعَدْلِ[٢٦] ، ولأنَّ سَبَبَ الوِلايةِ القَرابةُ ، وشَرْطَها / النَّظَرُ ، وهذا قَرِيبٌ ناظِرٌ ، فيَلِي كالعَدْلِ . ١٠/٧ ظ

فصل : ولا يُشْتَرطُ أن يكونَ بَصِيرًا ؛ لأنَّ شُعَيْبًا ، عليه السلامُ ، زَوَّجَ ابنتَه وهو أعْمَى ، ولأنَّ المقصودَ فى النِّكاحِ يُعْرَفُ بالسَّماعِ والاسْتِفاضةِ ، فلا يَفْتَقِرُ إلى النَّظَرِ . ولا يُشْتَرَطُ كونُه ناطِقًا ، بل يجوزُ أن يَلِيَ الأَخْرَسُ إذا كان مَفْهُومَ الإشارةِ ؛ لأنَّ إشارَتَه تقومُ مَقامَ نُطْقِه فى سائرِ العُقُودِ والأحكامِ ، فكذلك فى النِّكاحِ .

فصل : ومَنْ لم تَثْبُتْ له الوِلايةُ ، لا[٢٧] يَصِحُّ تَوْكِيلُه ؛ لأنَّ وَكِيلَه نائبٌ عنه وقائمٌ مقامَه . وإن وَكَّله الوَلِيُّ فى تَزْوِيجِ مُوَلِّيَتِه ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّها وِلايةٌ ، وليس هو من أهْلِها ، ولأنَّه لمَّا لم يَمْلِكْ تَزْوِيجَ مُناسِبَتِه بوِلايةِ النَّسَبِ ، فلأَنْ لا يَمْلِكَ تزويجَ مُناسبةِ غيرِه بالتَّوكيلِ أوْلَى . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ تَوْكِيلُ العَبْدِ والفاسِقِ والصبيِّ المُمَيِّزِ فى العَقْدِ ؛

= وهو أبو بكر أحمد بن محمد بن أحمد البرقانى الفقيه المحدث الأديب ، صاحب التصانيف المشهورة ، توفى سنة خمس وعشرين وأربعمائة . اللباب ١ / ١١٣ .

(٢٣) أورده الهيثمى ، فى : باب ما جاء فى الولى والشهود ، من كتاب النكاح . مجمع الزوائد ٤ / ٢٨٦ . ولم يورد فيه لفظ : « مرشد » .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) فى م : « كالعدول » .

(٢٧) فى م : « لم » .

لأنهم من أهْلِ اللَّفظِ بالعَقْدِ ، وعِبارَتُهم فيه صَحِيحةٌ ، ولذلك صَحَّ قَبُولُهم النِّكاحَ لأنفُسِهِم ، وإنَّما سُلِبُوا الوِلَايَةَ نَفْسَها ؛ لأنَّه يُعْتَبرُ لها الكمالُ ، ولا حاجةَ إليه فى اللَّفظِ به . فأمَّا إن وَكَّله الزَّوْجُ فى قَبُولِ النكاحِ له ، أو وَكَّله الأبُ فى قَبُولِ النِّكاحِ لابْنه الصَّغِيرِ ، فقال أصْحابُنا : لايَصِحُّ ؛ لأنَّه أحَدُ طَرَفَي العَقْدِ ، فلم يَجُزْ تَوْكِيلُه فيه كالإيجابِ . ويَحْتَمِلُ جوازُ تَوْكِيلِ مَنْ ذَكَرْنا فيه ؛ لأنَّهم من أهْلِه ، ويَصِحُّ قَبُولُهم النِّكاحَ لأنفُسِهِم ، فجاز أن يَنُوبُوا فيه عن غيرِهم ، كالبيعِ . وهذا أحدُ الوَجْهَيْنِ لأصحابِ الشَّافعيِّ فى العَبْدِ[٢٨] .

١١١٠ - مسألة ؛ قال : (ويُزَوِّجُ أَمَةَ الْمَرْأَةِ بإذْنِهَا مَنْ يُزَوِّجُهَا)

اختلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى مَن يُزَوِّجُ أمةَ المرأةِ ، فرُوِيَ عنه ، أنَّه يَلِي نكاحَها [(١] وَلِيُّ سَيِّدَتِها [١)] . قال القاضى : هذا هو الصحيحُ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ مُقْتَضَى الدَّليلِ كَوْنُ الوِلايةِ لها ، فامْتَنَعتْ فى حَقِّها لقُصُورِها ، فتَثْبُتُ لأَوْليائِها ، كوِلايةِ نَفْسِها ، ولأنَّهم يَلُونَها لو عَتَقَتْ ، ففى حال رِقِّها أَوْلَى . ثم إن كانتْ سَيِّدَتُها رَشِيدةً ، لم يَجُزْ تَزْوِيجُ أَمَتِها إلَّا بإذْنِها ؛ لأنَّها مالُها ، ولا يجوزُ التَّصرُّفُ فى مالِ رَشِيدٍ بغيرِ إذْنِه ، ويُعْتَبرُ نُطْقُها بذلك وإن كانت بِكْرًا ؛ لأنَّ صُماتَها إنَّما اكْتُفِيَ به فى تَزْوِيجِ نَفْسِها لحيائِها ، ولا تَسْتَحْيِي من تَزْوِيجِ أَمَتِها ، وإن كانت صغيرةً أو مجنونةً أو سَفِيهةً ، ولوَلِيِّها ولايةٌ على مالِها ، فله تَزْوِيجُ أَمَتِها ، إن كان الحَظُّ فى تَزْوِيجِها ، وإلَّا فلا يَمْلِكُ تزويجَها . وكذلك الحكمُ فى أمةِ ابْنِه الصغيرِ[٢] . وقال بعضُ الشافعيةِ : ليس له تَزْوِيجُها بحالٍ ؛ لأنَّ فيه تَغْرِيرًا بمالِ الصغيرةِ[٣] ؛ لأنَّها ربَّما حَمَلَتْ فتَلِفَتْ . ولَنا ، / أنَّ له التَّصرُّفَ بما فيه الحَظُّ ، والتَّزْوِيجُ ها هنا فيه الحظُّ ؛ لأنَّ الكلامَ فيه ، فجازَ ، كسائرِ التَّصرُّفاتِ

١١/٧و

---

(٢٨) فى م : « العدة » .

(١ - ١) فى م : « والى سيادتها » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ا ، ب ، م : « الصغير » .

الجائزةِ ، واحتِمالُ الخَطَرِ[٤] مَرجوحٌ بما[٥] فيه من تَحْصِيلِ مَهْرِها ، ووَلَدِها ، و كِفايةِ مُؤْنَتِها ، وصيانَتِها عن الزِّنَى المُوجِبِ للحَدِّ فى حَقِّها ، ونَقْصِ[٦] قيمَتِها ، والمَرْجُوحُ كالمَعْدومِ . وإن كان وَلِيُّها فى مالِها غيرَ وَلِيِّ[٧] تَزويجِها ، فوِلايةُ تَزويجِها للوَلِيِّ فى المالِ دُونَ وَلِيِّ التَّزويجِ ؛ لأنَّه هو المُتَصَرِّفُ فى المالِ ، وهى مالٌ . والرِّوايةُ الثانيةُ ، أنَّ للمرأةِ أن تُوَلِّىَ أَمْرَ أَمَتِها رَجُلًا يُزَوِّجُها . نَقَلَها عن أحمدَ جماعةٌ ؛ لأنَّ سَبَبَ الوِلايةِ المِلْكُ ، وقد تَحَقَّقَ فى المرأةِ ، وامْتَنعتِ المُناشَزَةُ[٨] لنَقْصِ الأُنوثةِ ، فمَلَكَتِ التَّوكيلَ ، كالرَّجُلِ المَريضِ والغائبِ . ونُقِلَ عن أحمدَ كلامٌ يَحْتَمِلُ رِوايةً ثالثةً ، وهو أن سَيِّدَتَها تُزَوِّجُها ، فإنَّه قيل له : تُزَوِّجُ أَمَتَها ؟ قال : قد قِيلَ ذلك ، هى مالُها . وهذا يَحْتَمِلُ أنَّه ذَهَبَ إليه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّها مالِكةٌ لها ، ووِلايَتُها تامَّةٌ عليها ، فملَكَتْ تَزويجَها ، كالسَّيِّدِ ، ولأنَّها تَمْلِكُ بَيْعَها وإجارَتَها ، فمَلَكَتْ تَزويجَها ، كسَيِّدِها ، ولأنَّ الوِلايةَ إنَّما تَثْبُتُ على المرأةِ لتَحْصِيلِ الكفايةِ ، وصيانةً لحظِّ الأَوْلياءِ فى تَحْصِيلِها ، فلا تَثْبُتُ عليها الوِلايةُ فى أَمَتِها ؛ لعَدَمِ اعتبارِ الكفايةِ ، وعدمِ الحَقِّ للأَوْلياءِ فيها . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ قال هذا حِكايةً لمذهبِ[٩] غيرِه ، فإنه قد[١٠] قال فى سِياقِها : أَحَبُّ إلَىَّ أن تأْمُرَ [١١]مَن يُزَوِّجُها[١١] ؛ لأنَّ النِّساءَ لا يَعْقِدْنَ . وقد ذَكَرْنا فى خبرِ أبى هُرَيْرةَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لا تُنْكِحُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ »[١٢] . وقالت عائشةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها : زَوِّجُوا ، فإنَّ

---

(٤) فى ا ، م : « الحظ » .
(٥) فى ا ، م : « لما » .
(٦) فى م : « وبعض » .
(٧) فى ا ، م زيادة : « فى » .
(٨) المناشزة : مفاعلة من النشوز ، وهو الامتناع والعصيان .
(٩) فى ا ، م : « بمذهب » .
(١٠) سقط من : ب ، م .
(١١ - ١١) فى ا ، ب ، م : « زوجها » .
(١٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٥٣ .

النِّساءَ لا يُزَوِّجْنَ ، واعْقِدُوا ، فإنَّ النِّساءَ لا يَعْقِدْنَ[١٣] . ولأنَّ المرأةَ لا تَمْلِكُ أن تُزَوِّجَ نَفْسَها ، فغيرَها أَوْلَى .

١١١١ – مسألة ؛ قال : (ويُزَوِّجُ مَوْلَاتَها مَنْ يُزَوِّجُ أَمَتَها)

يعنى عَتِيقَتَها . وهذه فيها روايتان ؛ إحداها ، أنَّ لمَوْلاتِها التَّوْكيلَ فى تَزْوِيجها رَجُلًا ؛ لأنَّها عَصَبَتُها ، وتَرِثُها بالتَّعْصِيبِ ، فأشْبَهتِ المُعْتِقَ[١] . والثانية ، وَلِيُّ سَيِّدَتِها وَلِيُّها . وهى الأصَحُّ ؛ لأنَّ هذه وِلايةٌ لِنِكاحِ[٢] حُرَّةٍ ، والمرأةُ ليست من أهلِ ذلك ، فيكونُ إلى عَصَباتِها[٣] ، لأنَّهم الذين يَعْقِلُون عنها ، ويَرِثُونها بالتَّعْصيبِ عند عَدَمِ سَيِّدَتِها ، فكانوا أولياءَها ، كما لو تَعَذَّرَ على المُعْتِقِ تَزْويجُ مُعْتَقَتِه لمَوْتٍ أو جُنُونٍ . وقد ذكَرْنا أنَّه إذا انْقَرضَ العَصبةُ من النَّسَبِ ، وَلِيَ المَوْلَى المُعْتِقُ ثم عَصَباتُه[٤] من بعدِه ، الأقْرَبُ فالأقربُ ، كذا هٰهُنا ، إلَّا أنَّ ظاهرَ كلامِ الْخِرَقِيِّ / هٰهُنا تَقْدِيمُ أبى[٥] المُعْتِقةِ على ابْنِها ، لأنَّه الذى يُزَوِّجُها . وذكَرْنا ثَمَّ خِلافَ هذا . ويُعْتَبرُ[٦] فى ولايتِه[٧] شَرْطان ؛ أحدهما ، عَدَمُ العَصبةِ من النَّسَبِ ؛ لأنَّ المُناسِبَ أقْرَبُ من المُعْتِقِ ، وأَوْلى منه . والثانى ، إذْنُ المُزَوَّجَةِ[٨] ؛ لأنَّها حُرَّةٌ ، وليست له وِلايةُ إجْبارٍ ، فإنَّه أبْعَدُ العَصَباتِ ،

١١/٧و

---

(١٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا نكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٢٨ . والبيهقى ، فى : باب لا نكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١١٠ .

(١) فى الأصل ، ا ، م : « العتق » .

(٢) فى ا ، م : « النكاح » .

(٣) فى ا ، م : « عصبتها » .

(٤) فى الأصل ، م : « عصابته » .

(٥) فى م زيادة : « حنيفة » خطأ .

(٦) فى الأصل : « ويصير » .

(٧) فى م : « ولائه » .

(٨) فى م : « الزوجة » .

ولا يَفْتَقِرُ إلى إذْنِ مَوْلاتِها ؛ لأنَّها لا وِلايَةَ لها ولا مِلْك ، فأشْبَهتْ قَرِيبَ الطِّفْلِ إذا زَوَّجَ البَعِيدَ[٩] .

فصل : وإذا كان للأمَةِ مَوْلًى ، فهو وَلِيُّها ، وإن كان لها مَوْليانِ ، فالوِلايةُ لهما ، وليس لواحِدٍ منهما الاسْتِقْلالُ بالوِلايةِ بغيرِ إذْنِ صاحِبِه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إلَّا نِصْفَها . وإن اشْتَجَرَا لم يكُنْ للسلطانِ أن يَنُوبَ عنهما ؛ لأنَّ تَزْوِيجَها تَصَرُّفٌ فى المالِ ، بخلافِ الحُرَّةِ ، فإنَّ نِكاحَها حَقٌّ لها ، ونَفْعَهُ عائِدٌ إليها ، ونكاحُ الأمَةِ حقٌّ لسَيِّدِها ، ونَفْعُه[١٠] عائدٌ إليه ، فلم [١١]يَنُبِ السُّلْطانُ[١١] عنه فيه . فإن أعْتَقاهَا[١٢] ولها عَصَبَةٌ مُناسِبٌ ، فهو أوْلَى منهما ، وإن لم يكُنْ لها عَصَبَةٌ ، فهما وَلِيَّاها ، ولا يَسْتَقِلُّ أحدُهُما بالتَّزْوِيجِ ؛ لأنَّ وِلايَتَه على نِصْفِها . فإن اشْتَجَرا[١٣] أقام الحاكمُ مُقامَ المُمْتَنِعِ منهما ؛ لأنَّها[١٤] صارت حُرَّةً ، وصار نِكاحُها حَقًّا لها . وإن كان المُعْتِقُ أو المُعْتِقةُ واحدًا ، وله عَصَبَتانِ[١٥] فى دَرَجةٍ واحدةٍ ، كالابْنَيْنِ أو الأخَوَيْنِ ، فلأحَدِهِما الاسْتِقْلالُ بتَزْوِيجِها ، كما يَمْلِكُ تزوِيجَ سَيِّدَتِها .

١١١٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً هُوَ وَلِيُّها ، جَعَلَ أَمْرَهَا إِلَى رَجُلٍ يُزَوِّجُهَا مِنْهُ بِإِذْنِهَا[١])

وجملتُه أنَّ وَلِيَّ المرأةِ التى يَحِلُّ له نِكاحُها ، وهو ابنُ العَمِّ ، أو المَوْلَى أو الحاكمُ ، أو

---

(٩) فى حاشية ا : « وذكر الشيخ محيى الدين ، فى البلغة ، أن الصحيح فى المعتقة أنها تستأذن أيضا ، خلافا لما نقله الشيخ هنا . أعنى فى إذن المعتق بكسر القاف » . ولعل الصواب « بكسر التاء » .

(١٠) سقطت الواو من : الأصل ، ا .

(١١ – ١١) فى م : « يثبت للسلطان ولاية » .

(١٢) فى م : « أعتقها » .

(١٣) فى م زيادة : « أمام الحاكم » .

(١٤) فى ب ، م : « لأنهما » .

(١٥) فى ا ، ب ، م : « عصبات » .

(١) سقط من : م .

السلطانُ، إذا أَذِنَتْ له أن يَتَزَوَّجَها[2]، فله ذلك، وهل له أن يَلِيَ[3] طَرَفَي العَقْدِ بنَفْسِه؟ فيه روايتان؛ إحداهما، له ذلك. وهو قولُ الحسنِ، وابنِ سِيرِينَ، ورَبِيعةَ، ومالكٍ، والثَّورِيِّ، وأبي حنيفةَ، وإسحاقَ، وأبي ثَوْرٍ، وابنِ المُنْذِرِ؛ لما رَوَى البُخارِيُّ[4]، قال: قال عبدُ الرحمنِ بن عَوْفٍ، لأُمِّ حَكِيمٍ ابنةِ قارِظٍ: أتَجْعَلِينَ أمْرَكِ إليَّ؟ قالتْ: نعم. قال: قد تَزَوَّجْتُكِ. ولأنَّه يَمْلِكُ الإِيجابَ والقَبُولَ، فجاز أن يتولَّاهُما، كما لو زَوَّجَ أمتَه عَبْدَه الصغيرَ، ولأنَّه عَقْدٌ وُجِدَ فيه الإِيجابُ من وَلِيٍّ ثابتِ الولايةِ، والقَبُولُ من زوجٍ هو أهلٌ للقَبُولِ، فصَحَّ، كما لو وُجِدَا من رَجُلَيْنِ. وقد رُوِيَ أنَّ[5] النَّبِيَّ ﷺ[6]: أعْتَقَ صَفِيَّةَ، وجَعَلَ عِتْقَها صَداقَها[7]. فإن قيل: فقد رُوِيَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «كُلُّ نِكَاحٍ لم يَحْضُرْهُ أرْبعةٌ / فَهُوَ سِفَاحٌ: زَوْجٌ، ووَلِيٌّ، وشَاهِدَانِ»[7]. قُلْنا: هذا لا نَعْرِفُ[8] صِحَّتَه، وإن صحَّ فهو مَخْصوصٌ بمَنْ زَوَّجَ أمَتَه عبدَه الصَّغيرَ، فيُخَصُّ منه محلُّ النِّزاعِ أيضا. وهل يَفْتَقِرُ إلى ذِكْرِ الإِيجابِ والقَبُولِ، أم يُكْتَفَى بمُجَرَّدِ الإِيجابِ؟ فيه وجهان؛ أحدهما، يَحْتاجُ أن يقولَ: زَوَّجْتُ نَفْسِي فلانةَ، وقَبِلْتُ هذا النِّكاحَ. لأنَّ ما افْتَقَرَ[9] إلى الإِيجابِ افْتَقَرَ[9] إلى القَبُولِ، كسائرِ العُقُودِ. والثاني، يَكْفِيه أن يقولَ: زَوَّجْتُ نفسِي فلانةَ، أو تَزَوَّجْتُ فلانةَ. وهو قولُ مالكٍ، وأبي حنيفةَ؛ لحديثِ عبدِ الرحمنِ بن عَوْفٍ، ولأنَّ إيجابَه يتضَمَّنُ القَبُولَ، فأشْبَهَ إذا تقدَّمَ الاسْتِدْعاءُ، ولهذا قُلْنا: إذا قال لأَمَتِه: قد[10] أعْتَقْتُكِ، وجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ. انْعَقَدَ[11] النكاحُ

12/7و

---

(2) في الأصل: «يزوجها».
(3) في م: «يتولى».
(4) في: باب إذا كان الولي هو الخاطب، من كتاب النكاح. صحيح البخاري 7 / 21.
(5) في م: «عن».
(6) في م زيادة: «أنه».
(7) تقدم تخريجه في صفحة 348.
(8) في ا، م: «نعلم».
(9) في م: «يفتقر».
(10) سقط من: الأصل.
(11) في ا، م: «ينعقد».

بمُجَرَّدِ[١٢] هذا القولِ . والرِّواية الثانية[١٣] ، لا يجوزُ أن يتولَّى طَرَفَي العَقْدِ ، ولكن يُوَكِّلُ رَجُلًا يُزَوِّجُه إيَّاها بإذْنِها . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى روايةِ ابن منصورٍ : لا يُزَوِّجُ نَفْسَه حتى يُوَلِّىَ رَجُلًا ، على حديثِ المُغِيرةِ بن شُعْبَةَ ، وهو ما رَوَى أبو داودَ[١٤] ، بإسنادِه عن عبدِ المَلكِ بن عُمَيْرٍ ، أنَّ المُغِيرةَ بن شُعْبَةَ ، أمر رَجُلًا زَوَّجَهُ امرأةً المُغِيرةُ أوْلَى بها منه . ولأنَّه عَقْدٌ مَلَكَه بالإذْنِ[١٥] ، فلم يَجُزْ أن يَتَوَلَّى طَرَفَيْه ، كالبيعِ . وبهذا فارَقَ ما إذا زَوَّجَ أَمَتَه عبدَه الصغيرَ . وعلى هذه الرِّوايةِ[١٦] ، إن وَكَّلَ مَنْ يَقْبَلُ له [١٧]النِّكاحَ ، وتَوَلَّى[١٧] هو الإيجابَ ، جازَ . وقال الشافعىُّ فى ابنِ العَمِّ والمَوْلَى : لا يُزَوِّجُها إلَّا الحاكمُ ، ولا يجوزُ أن يَتَوَلَّى [١٨]طَرَفَيِ العَقْدِ[١٨] ، ولا أن يُوَكِّلَ مَنْ يُزَوِّجُه ؛ لأنَّ وَكِيلَه بمَنْزِلَتِه ، وهذا عَقْدٌ مَلَكَه بالإذْنِ ، فلا يَتَولَّى طَرَفَيْهِ ، كالبَيْعِ . ولا يجوزُ أن يُزَوِّجَه مَنْ هو أبعدُ منه من أوْلِيَائِها[١٩] ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ لهم مع وُجُودِه . ولَنا ، ما ذَكَرْناه من فِعْلِ الصَّحابةِ ، ولم يظهرْ خِلافُه ، ولأنَّ وَكِيلَه يجوزُ أن يَلِىَ العَقْدَ عليها لغيرِه ، فصَحَّ أن يَلِيَه عليها له إذا كانت تَحِلُّ له ، كالإمامِ[٢٠] إذا أراد أن يَتَزَوَّجَ[٢١] مُوَلِّيَته . ولأنَّ هذه امرأةٌ ، ولها وَلِىٌّ حاضرٌ غيرُ عاضِلٍ ، فلم يَلِها الحاكمُ ، كما لو أراد أن

---

(١٢) فى الأصل : « لمجرد » .

(١٣) فى ا زيادة : « أنه » .

(١٤) لم نجده عند أبى داود ، وإنما أخرجه البخارى ، فى : باب إذا كان الولى هو الخاطب ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٢١ . وذكر الألبانى فى إرواء الغليل ٦ / ٢٥٦ ، ٢٥٧ أنه ليس فى سنن أبى داود .

(١٥) فى الأصل : « بإذن » .

(١٦) فى الأصل زيادة : « أنه » .

(١٧-١٧) فى م : « العقد وتولد » .

(١٨-١٨) فى م : « طرفيه كالبيع » .

(١٩) فى م : « الأولياء » .

(٢٠) فى الأصل : « والإمام » .

(٢١) فى م : « يزوج » .

يُزَوِّجَها غيرَه . ومفهومُ قولِه عليه السلام : « السُّلْطانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ لَهُ »[٢٢] . أنَّه لا وِلايةَ له على هذه .

فصل : وإذا أَذِنَتْ له فى تَزْوِيجِها ، ولم تُعَيِّن الزَّوْجَ ، لم يَجُزْ أن يُزَوِّجَها نَفْسَه ؛ لأنَّ إطْلاقَ الإِذْنِ يقتضِى تَزْوِيجَها غيرَه ، ويجوزُ تَزْوِيجُها لوَلَدِه ؛ لأنَّه غيرُه . فإن زَوَّجَها / لابْنِه الكبيرِ ، قَبِلَ لنَفْسِه ، وإن زَوَّجَها لابْنِه الصغير ، ففيه الرِّوايتانِ فى تَوَلِّى طَرَفَيِ العقدِ ؛ فإن قُلْنا : لا يَتولَّاه . فوَكَّلَ رَجُلًا يُزَوِّجُها لوَلَدِه ، وقَبِلَ هو النِّكاحَ له ، افْتَقَرَ إلى إذْنِها للوَكِيلِ ، على ما قَدَّمْنا من[٢٣] أن الوَكِيلَ لا يُزَوِّجُها[٢٤] إلَّا بإذْنِها . وإن وَكَّلَ رَجُلًا يَقْبَلُ لوَلدِه النِّكاحَ ، وأَوْجَبَ هو النِّكاحَ[٢٥] ، لم يَحْتَجْ إلى إذْنِها ؛ لأنَّها قد أَذِنَتْ له .

١٢/٧ ظ

فصل : وإذا زَوَّجَ أَمَتَه عبدَه الصغيرَ ، جاز له[٢٦] أن يتوَلَّى طَرَفَيِ العقدِ ؛ لأنَّه مالِكٌ[٢٧] ذلك بحُكْمِ المِلْكِ ، لا بحُكْمِ الإِذْنِ ، فى قولِهم جميعا . وإن كان مالكًا لأحدِ طَرَفَيِ العقدِ ، فوَكَّله مالكُ الطَّرَفِ الآخَرِ فيه ، أو وَكَّلَه الوَلِيُّ فى الإِيجابِ والزَّوْجُ فى القَبُولِ ، خُرِّجَ فيه وَجْهان ، بِناءً على الرِّوايتَيْنِ ؛ لأنَّه مَلَكَ ذلك بالإِذْنِ . وإن[٢٨] زَوَّجَ ابْنَتَهُ الكبيرةَ عَبْدَه الصَّغيرَ[٢٩] ، لم يَجُزْ ذلك إلَّا برِضَاها ؛ لأنَّه لا[٣٠] يكافِئُها ، فيُخَرَّجُ فيه أيضا وَجْهان . وإن زَوَّجَه ابنَتَه الصغيرةَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له

---

(٢٢) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .
(٢٣) فى الأصل ، ب : « فى » .
(٢٤) فى ب : « يزوج » .
(٢٥) سقط من : م .
(٢٦) سقط من : الأصل .
(٢٧) فى الأصل : « ملك » .
(٢٨) سقطت الواو من : م .
(٢٩) فى م : « الكبير » .
(٣٠) فى م زيادة : « يكاد » .

تَزْوِيجُها ممَّن لا يُكافِئُها[٣١] . وعنه يجوزُ . وسنَذْكُرُ ذلك ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

١١١٣ – مسألة ؛ قال : (وَلَا يُزَوِّجُ كَافِرٌ مُسْلِمَةً بِحَالٍ ، وَلَا مُسْلِمٌ كَافِرَةً إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُسْلِمُ سُلْطَانًا ، أو سَيِّدَ أَمَةٍ)

أمَّا الكافرُ فلا وِلايةَ له على مُسْلِمةٍ بحالٍ، بإجماعِ أهلِ العلمِ، منهم؛ مالكٌ، والشافعيُّ ، وأبو عُبيدٍ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . وقال ابنُ الْمُنْذِرِ : أجْمَعَ على هذا كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ . وقال أبو الخَطَّابِ فى الذِّمِّىِّ : إذا أسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِه ، هل يَلِى نِكاحَها ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَلِيه ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه ، فيَلِى نِكاحَها كالمُسْلِمِ ، ولأنَّه عَقْدٌ عليها فيَلِيه كإجارَتِها . والثانى ، لا يَلِيه ؛ لقَوْلِ الله تعالى : ﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَـٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾[١] . ولأنَّها مُسْلِمةٌ فلا يَلِى نِكاحَها كابْنَتِه . فعلى هذا يُزَوِّجُها الحاكمُ . وهذا أَوْلَى[٢] ؛ لما ذَكَرْنا من الإجْماعِ . وأما المُسْلِمُ فلا وِلايةَ له[٣] على الكافِرةِ[٤] ، غيرَ[٥] السَّيِّدِ والسُّلطانِ وَوَلِىِّ سَيِّدِ الأَمَةِ الكافِرةِ؛ وذلك لقولِ الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾[٦] . ولأنَّ مُخْتَلِفِى الدِّينِ لا يَرِثُ أحَدُهما الآخرَ ، ولا يَعْقِلُ عنه ، فلم يَلِ عليه ، كما لو كان أحَدُهما رَقِيقًا . وأمَّا سَيِّدُ الأَمَةِ الكافرةِ ، فله تَزْوِيجُها لكافرٍ ؛ لكَوْنِها لا تَحِلُّ للمُسْلِمينَ ، وكذلك وَلِىُّ[٧] سَيِّدِ الأَمَةِ الكافرةِ يَلِى تزويجَها لكافرٍ ؛ لأنَّها وِلايةٌ بالمِلْكِ[٨] ، فلم يَمْنَعْها كَوْنُ سَيِّدِ الأَمَةِ

---

(٣١) من أول قوله : « فيخرج » السابق إلى هنا سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١) سورة التوبة ٧١ .

(٢) فى الأصل : « أقوى » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى ب : « الكافر » .

(٥) فى ا ، ب ، م زيادة : « فى » .

(٦) سورة الأنفال ٧٣ .

(٧) فى الأصل : « فى » .

(٨) فى ب ، م : « بالمال » .

الكافرةِ مُسْلِمًا ، كسائرِ الوِلاياتِ ، ولأنَّ هذه تحتاجُ إلى التَّزويجِ . ولا وَلِىَّ لها غيرُ سَيِّدِها . فأمَّا السلطانُ ، فله الوِلايةُ على مَنْ لا وَلِىَّ لها من أهلِ الذِّمَّةِ ؛ لأنَّ وِلايَتَه عامَّةٌ على أهلِ دارِ الإِسْلامِ ، وهذه من أهلِ الدارِ ، فتَثْبُتُ له الوِلايةُ عليها ، كالمُسْلمةِ . / وأمَّا الكافرُ ، فتثبتُ له الوِلايةُ على أهلِ دِينِه ، على حَسَبِ ما ذَكَرْناه فى[9] المسلمينَ ، ويُعْتَبَرُ فيهم الشُّروطُ المُعْتَبَرَةُ فى المسلمينَ ، ويُخَرَّجُ فى اعْتِبارِ عَدالَتِه فى دِينِه وَجْهان ، بِناءً على الرِّوايتَيْنِ فى اعْتبارِها فى المسلمين .

١٣/٧و

فصل : إذا تَزَوَّجَ المسلمُ ذِمِّيَّةً ، فوَلِيُّها الكافرُ يُزَوِّجُها إيَّاه . ذَكَره أبو الخَطَّابِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّه وَلِيُّها ، فصَحَّ تَزْوِيجُه لها ، كما لو زَوَّجَها كافرًا ، ولأنَّ هذه امرأةٌ لها[10] وَلِىٌّ مُناسِبٌ ، فلم يَجُزْ أن يَلِيَهَا غيرُه ، كما لو تَزَوَّجَها ذِمِّىٌّ . وقال القاضى : لا يُزَوِّجُها إلَّا الحاكمُ ؛ لأنَّ أحمدَ قال : لا يَعْقِدُ يَهُودِىٌّ ولا نَصْرانىٌّ عُقْدَةَ[11] نِكاحٍ لمُسْلِمٍ ولا مُسْلِمةٍ . ووَجْهُه أنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى شهادةِ مُسْلِمَيْنِ ، فلم يَصِحَّ بوِلايةِ كافرٍ ، كنِكاحِ المسلمين . والأوَّلُ أصَحُّ ، والشُّهودُ يُرادُون لإِثباتِ النِّكاحِ عندَ الحاكمِ ، بخِلافِ الوِلايةِ .

١١١٤ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوَّجَهَا مَنْ غَيْرُهُ أَوْلَى مِنْهُ ، وَهُوَ حَاضِرٌ ، وَلَمْ يَعْضُلْهَا ، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ)

هذه المسألةُ تشتَمِلُ على أحكامٍ ثلاثة ؛ أحدها ، أنَّه إذا زَوَّجها الوَلِىُّ[1] الأبعدُ ، مع حُضُورِ الوَلِىِّ الأقْرَبِ ، فأجابَتْه إلى تَزْوِيجِها من غيرِ إذْنِه ، لم يَصِحَّ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال مالكٌ : يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا وَلِىٌّ ، فصَحَّ[2] أن يُزَوِّجَها بإذْنِها كالأقْرَبِ .

---

(٩) فى الأصل : « من » .

(١٠) فى م : « ولها » .

(١١) فى ا ، ب ، م : « عقد » .

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) فى ب ، م : « له » .

ولَنا ، أنَّ هذا مُستَحِقٌّ بالتَّعْصِيبِ ، فلم يَثْبُتْ للأَبْعَدِ مع وُجودِ الأَقْرَبِ ، كالمِيراثِ ، وبهذا فارَقَ القَرِيبُ البعيدَ . الحُكْم الثانى ، أنَّ هذا العَقْدَ (٣ يَقَعُ فاسِدًا ٣) ، لا يَقِفُ على الإجَازَةِ ، ولا يَصِيرُ بالإجازةِ صحيحًا ، وكذلك الحكمُ إذا زُوِّج الأجنبىُّ أو زُوِّجَتِ المرأةُ المُعْتَبَرُ إذْنُها بغير إذْنِها ، أو تَزَوَّجَ العبدُ بغير إذْنِ سَيِّده ، فالنِّكاحُ فى هذا كلِّه باطلٌ ، فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْنِ . نَصَّ عليه أحمدُ فى مواضِعَ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وأبى عُبَيدٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وعن أحمدَ روايةٌ أُخرَى ، أنَّه يَقِفُ على الإجازةِ ؛ فإن أجازَه جازَ ، وإن لم يُجِزْه فَسَدَ . قال أحمدُ ، فى صغيرٍ زَوَّجه عَمُّه : فإن رَضِىَ به فى وقتٍ من الأوقاتِ ، جازَ ، وإن لم يَرْضَ[٤] ، فَسَخَ . وإذا زُوِّجَتِ الْيتيمةُ ، فلها الخيارُ إذا بَلَغَتْ . وقال : إذا زُوِّجَ العبدُ بغيرِ إذْنِ سَيِّده ، ثم عَلِمَ السَّيِّدُ ، فإن شاء أن يُطَلِّقَ عليه فالطَّلاقُ بيَدِ السَّيِّدِ ، فإن أَذِنَ فى التَّزويجِ فالطَّلاقُ بيَدِ العبدِ . وهذا قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ، فى كلِّ مسألةٍ يُعْتَبَرُ فيها الإذْنُ . ورُوِىَ ذلك فى النِّكاحِ بغيرِ وَلِىٍّ عن علىِّ بن أبى طالبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وعن ابنِ / سِيرِينَ ، والقاسمِ بن محمدٍ ، والحسنِ بن صالحٍ ، وإسحاقَ ، وأبى يوسفَ ، ومحمدٍ ؛ لما رُوِىَ أنَّ جارِيَةً بِكْرًا أتَتِ النَّبِىَّ ﷺ ، فذكَرَتْ له أنَّ أباها زَوَّجها وهى كارِهة ، فخَيَّرَها النَّبِىُّ ﷺ . رواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه[٥] . ورُوِىَ أنَّ فتاةً جاءت إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فقالت : إنَّ أبى زَوَّجَنِى من ابنِ أخِيه ، لِيَرْفَعَ بى خَسِيسَتَه . قال : فجَعَلَ الأمْرَ إليها[٦] . فقالت : قد أجَزْتُ ما صَنَعَ أبى ، ولكنِّى أرَدْتُ أن (٧ أعْلَمَ أنَّ للنِّساءِ من الأمْرِ شيئًا ٧) . روَاه ابنُ ماجه والنَّسائىُّ[٨] . وفى رِوايةِ ابن ماجه : أرَدْتُ أن يَعْلَمَ النساءُ أن ليس

١٣/٧ ظ

(٣ - ٣) فى ا ، ب ، م : « بيع فاسد » .

(٤) فى ب زيادة : « به » .

(٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٣ . وابن ماجه ، فى : باب من زوج ابنته وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٣ .

(٦) فى الأصل : « لها » .

(٧ - ٧) فى المجتبى : « أن أعلم أللنساء من الأمر شىء » .

(٨) أخرجه النسائى ، فى : باب البكر يزوجها أبوها وهى كارهة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧١ . وابن ماجه ، =

إلى الآباءِ من الأمْرِ شيءٌ . ولأنَّه عَقْدٌ يَقِفُ على الفَسْخِ ، فوَقَفَ على الإجازةِ ، كالوَصِيَّةِ . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « أيُّما امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَها بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّها ، فَنِكَاحُها بَاطِلٌ »[9] . وقال : « إذا نَكَحَ العَبْدُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِه ، فَنِكَاحُهُ باطِلٌ » . رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه[10] . إلَّا أن أبا داودَ قال : هو[11] مَوْقوفٌ على ابن عُمَرَ . ولأنَّه عَقْدٌ لا تَثْبُتُ فيه أحْكامُه ؛ من الطَّلاقِ ، والخُلْعِ ، واللِّعانِ ، والتَّوارُثِ ، وغيرِها ، فلم يَنْعَقِدْ ، كنِكاحِ المُعْتَدَّةِ . فأمَّا حديثُ المرأةِ التى خَيَّرَها النَّبِىُّ ﷺ ، فهو مُرْسَلٌ عن عِكْرِمةَ ، رَواه النَّاسُ كذلك ، ولم يذكُروا ابنَ عباسٍ . قالَه أبو داودَ . ثم يَحْتَمِلُ أنَّ هذه المرأةَ هى التى قالت : زَوَّجَنِى من ابن أخِيه ليَرْفَعَ بِى خَسِيسَتَه . فَخَيَّرَها[12] لتَزْوِيجِها من غيرِ كُفْئِها[13] ، وهذا يُثْبِتُ الخِيارَ ولا يُبْطِلُ النِّكَاحَ ، والوصيةُ يَتَراخَى فيها القَبُولُ ، وتجوزُ بعد الموتِ ، فهى مَعْدُولٌ بها عن سائرِ التَّصَرُّفاتِ ، ولا تَفْرِيعَ على هذه الرِّوايةِ لوُضُوحِها . فأمَّا على الرِّوايةِ الأُخْرَى ، فإنَّ الشهادةَ تُعْتَبَرُ فى العَقْدِ ؛ لأنَّها شَرْطٌ له ، فيُعْتَبَرُ وُجُودُها معه ، كالقَبُولِ ، ولا تعتبرُ فى الإجازةِ ؛ لأنَّها ليست بعَقْدٍ ، ولأنَّها إذا وُجِدَتْ ، اسْتَنَدَ المِلْكُ إلى حالةِ العَقْدِ ، حتى لو كان فى العَقْدِ نَماءُ مِلْكٍ من حينِ [14] العَقْدِ ، لا من حينِ [14] الإجازةِ . وإن مات أحَدُهما قبلَ الإجازةِ ، لم يَرِثْه الآخَرُ ؛

= فى : باب من زوج ابنته وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ١٣٦ .

(٩) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى نكاح العبد بغير إذن مواليه ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٠ . وابن ماجه ، فى : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٠ .
كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى العبد يتزوج بغير إذن من سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٢ .

(١١) فى م : « إنه » .

(١٢) فى ا ، ب ، م : « فتخييرها » .

(١٣) فى الأصل : « كفو » .

(١٤ - ١٤) سقط من : الأصل .

لأنَّه مات قبلَ تَمامِ العَقْدِ وصِحَّتِه . وفيه وجهٌ آخَرُ ، إن كان ممَّا لو رُفِعَ إلى الحاكِمِ أجازَه ، وَرِثَه الآخَرُ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَلْزَمُه إجازَتُه ، فهو كالصَّحيحِ ، وإن كان ممَّا يَفْسَخُه ، لم يَرِثْه .

فصل : ومتى تَزَوَّجتِ المرأةُ بغير إذْنِ وَلِيِّها ، أو الأمةُ بغيرِ إذنِ سَيِّدِها ، فقد ذكَره أصحابُنا من جُمْلةِ الصُّوَرِ التى فيها الرِّوايتانِ . والصحيحُ عندى أنَّه لا يَدْخُلُ فيها ؛ لتَصْرِيحِ النَّبِىِّ ﷺ فيه بالبُطْلانِ . ولأنَّ الإجازةَ إنَّما تكونُ لعَقْدٍ صَدَرَ / من أهْلِه فى مَحَلِّه . [15] فأمَّا ما لم يَصْدُرْ من الأهْلِ ، كالذى عَقَدَهُ المجنونُ أو الطفلُ ، فلا يَقِفُ على الإجازة ، وهذا عَقْدٌ لم يَصْدُرْ مِن أهلِه [15] ؛ فإنَّ المرأةَ ليست أهْلًا له ، بدليلِ أنَّه لو أذِنَ لها فيه ، لم يَصِحَّ منها ، وإذا لم يَصِحَّ مع الإذْنِ المُقارِنِ ، فلأن لا يَصِحَّ بالإجازةِ المُتأخِّرةِ أَوْلَى ، ولا تَفْرِيعَ على هذا . فأمَّا على القولِ الآخَرِ ، فمتى تزوَّجتِ المرأةُ بغيرِ إذْنِ الوَلِيِّ ، فرُفِعَ إلى الحاكِمِ ، لم يَمْلِكْ إجازَتَه ، والأمْرُ فيه إلى الوَلِيِّ ، فمتى رَدَّه بَطَلَ ؛ لأنَّ[16] مَنْ وَقَفَ الحُكْمُ على إجازَتِه ، بَطَلَ برَدِّه ، كالمرأةِ إذا زُوِّجَتْ بغيرِ إذْنِها . وفيه وجهٌ آخَرُ ، أنَّه إذا كان الزَّوْجُ كُفْؤًا ، أمَرَ الحاكمُ الوَلِيَّ بإجازَتِه ، فإن لم يَفْعَلْ أجازَه الحاكمُ ، لأنَّه لمَّا امْتَنعَ من الإجازةِ صار عاضِلًا ، فانْتَقلتِ الوِلايةُ عنه إلى الحاكِمِ ، كما[17] فى ابْتِداءِ العقدِ ، ومتى حَصَلَتِ الإصابةُ قبلَ الإجازةِ ثم أُجِيزَ ، فالمَهْرُ واحدٌ ؛ إمَّا المُسَمَّى ، وإمَّا مَهْرُ المِثْلِ إن لم يكُنْ مُسَمًّى ؛ لأنَّ[16] الإجازةَ مُسْتَنِدةٌ إلى حالةِ العَقْدِ ، فيَثْبُتُ الحِلُّ والمِلْكُ من حينِ العَقْدِ ، كما ذكرنا فى البَيْعِ ، ولذلك لم يَجِبِ الحدُّ . ومتى تزَوَّجتِ[18] الأَمَةُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، ثم خَرَجَتْ من مِلْكِه قبلَ الإجازةِ إلى مَنْ تَحِلُّ له ، انْفَسَخَ النِّكاحُ ؛ لأنَّه قد طَرَأت استِباحةٌ صَحِيحةٌ على مَوْقُوفةٍ فأبْطَلَتْها ، ولأنَّها[19]

(15 – 15) سقط من : ب ، م .

(16) فى الأصل : « فإن » .

(17) سقط من : الأصل .

(18) فى الأصل : « زوجت » .

(19) سقطت واو العطف من : الأصل .

١٤/٧و

أقْوَى فأزالتِ الأضْعَفَ ، كما لو طَرَأ مِلْكُ يَمينِه على مِلْكِ نِكاحِه . وإن خَرَجَتْ إلى مَنْ لا تَحِلُّ له ، كالمرأةِ أو اثنين ، فكذلك أيضا ؛ لأنَّ العقدَ إذا وَقَفَ على إجازةِ شَخْصٍ ، لم يُجَزْ بإجازةِ غيرِه ، كما لو باعَ أمَةَ غيرِه ثم باعَها المالكُ ، فأجاز المُشْتَرِى الثانى بَيْعَ الأجْنَبِيِّ . وفيه وجهٌ آخَرُ ، أنَّه يجوزُ بإجازةِ المالِكِ الثانى ؛ لأنَّه يَمْلِكُ ابتداءَ العَقْدِ ، فمَلَكَ إجازَتَه كالأوَّلِ . ولا فَرْقَ بين أن يَخْرُجَ بِبَيْعٍ أو إرْثٍ أو هِبَةٍ أو غيرِه . فأمَّا إن أعتقَها السيِّدُ ، احْتَمَلَ أن يَجُوزَ النكاحُ ؛ لأنَّه إنَّما وَقَفَ لحَقِّ المَوْلَى ، فإذا أعْتَقَ سَقَطَ حَقُّه ، فصَحَّ العقدُ ، واحْتَمَلَ أن لا يجوزَ ؛ لأنَّ إبْطالَ حَقِّ المَوْلَى ليس بإجازةٍ ، ولأنَّ حَقَّ المَوْلَى إن بَطَلَ من المِلْكِ ، فلم يَبْطُلْ من وِلايةِ التَّزْويجِ ، فإنَّه يَلِيها بالوَلاءِ .

فصل : إذا زُوِّجَتِ التى يُعْتَبَرُ إذْنُها بغير إذْنِها ، وقُلْنا : يَقِفُ على إجازَتِها . فإجازَتُها بالنُّطْقِ ، أو ما يَدُلُّ على الرِّضَى من التَّمْكِينِ من الوَطْءِ ، أو المُطالَبةِ[20] بالمَهْرِ والنَّفقةِ . ولا فَرْقَ فى ذلك بين البِكْرِ والثَّيِّبِ ؛ لأنَّ أدِلَّةَ الرِّضَى تَقُومُ مَقامَ النُّطْقِ به ، ولذلك قال النَّبِىُّ ﷺ لبَرِيرَةَ : « إن وَطِئَكِ زَوْجُكِ ، فَلا خِيارَ لَكِ »[21] . جعَل تَمْكِينَها / دَلِيلًا على إسْقاطِ حَقِّها والمطالبةِ بالمَهْرِ والنَّفقةِ ، والتَّمْكِينُ من الوَطْءِ دليلٌ على الرِّضَى ؛ لأنَّ ذلك من خَصائصِ العَقْدِ الصَّحِيحِ ، فوُجُودُه من المَرْأةِ دَلِيلُ رِضَاها[22] به . الحكم الثالث ، إذا عَضَلَها وَلِيُّها[23] الأقْرَبُ ، انتقلتِ الوِلايةُ إلى الأبْعَدِ . نصَّ عليه أحمدُ . وعنه روايةٌ أُخْرَى ، تَنْتَقِلُ إلى السُّلْطانِ . وهو اختيارُ أبى بكرٍ . وذُكِرَ ذلك عن عثمانَ بن عَفَّان ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وشُرَيحٍ . وبه قال الشافعىُّ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ :

١٤/٧ ظ

---

(٢٠) فى الأصل ، ا : « والمطالبة » .

(٢١) تقدم تخريجه فى : ٦ / ١٨ . ويضاف إليه : وأخرجه أبو داود ، فى : باب حتى متى يكون لها الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٨ . والدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٩٤ .

(٢٢) فى الأصل : « برضاها » .

(٢٣) فى م : « الولى » .

« فَإِنِ اشْتَجَرُوا ، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ له »[٢٤] . ولأنَّ ذلك حَقٌّ عليه امْتَنَعَ من أدائِه ، فقام الحاكمُ مقامَه ، كما لو كان عليه دَيْنٌ فامْتَنعَ مِن قَضائِه . ولَنا ، أنَّه تَعذَّرَ التَّزويجُ من جهةِ الأقْرَبِ ، فملَكَهُ الأبعَدُ ، كما لو جُنَّ . ولأنَّه يَفْسُقُ بالعَضْلِ ، فتَنْتَقِلُ الوِلايةُ عنه ، كما لو شَرِبَ الخَمْرَ . فإن عَضَلَ الأولياءُ كلُّهم زَوَّجَ الحاكمُ . والحديثُ حُجَّةٌ لنا ؛ لقوله : « السُّلْطانُ وَلِيُّ مَنْ لا وَلِيَّ له » . وهذه لها وَلِيٌّ . ويُمْكِنُ حَمْلُه على ما إذا عَضَلَ الكُلُّ ، لأنَّ[٢٥] قولَه : « فَإِنِ اشْتَجَرُوا » . ضَمِيرُ جَمْعٍ يتناوَلُ الكُلَّ . والوِلايةُ تُخالِفُ الدَّينَ من وجوهٍ ثلاثةٍ ؛ أحدها ، أنها حَقٌّ للوَلِيِّ ، والدَّينُ حَقٌّ[٢٦] عليه . الثاني ، أنَّ الدَّيْنَ لا يَنْتَقِلُ عنه ، والوِلايةُ تنْتقلُ لعارِضٍ ؛ من جُنُونِ الوَلِيِّ .[٢٧] أو فِسْقِه أو مَوْتِه[٢٧] . الثالث ، أنَّ الدَّينَ لا يُعْتَبرُ فى بَقائِه العَدالَةُ ، والوِلايةُ يُعْتَبرُ لها ذلك ، وقد زالتِ العدالةُ[٢٨] بما ذكَرْنا . فإن قيل : فلو زالت وِلايَتُه لَما صَحَّ منه التَّزويجُ إذا أجاب إليه . قُلْنا : فِسْقُه بامْتِناعِه ، فإذا أجابَ فقد نَزَعَ عن المَعْصِيةِ ، وراجَعَ الحقَّ ، فزال فِسْقُه ، فلذلك صَحَّ تزْوِيجُه . واللهُ أعلمُ .

فصل : ومعنى العَضْلِ مَنْعُ المرأةِ من التَّزْوِيجِ بكُفْئِها إذا طَلَبَتْ ذلك ، ورَغِبَ كلُّ واحِدٍ منهما فى صاحِبِه . قال مَعْقِلُ بن يَسَارٍ : زَوَّجْتُ أُخْتًا لى من رَجُلٍ ، فطَلَّقها ، حَتَّى إذا[٢٩] انْقَضَتْ عِدَّتُها جاءَ يَخْطُبُها ، فقلتُ له : زَوَّجْتُكَ ، وأفْرَشْتُكَ ، وأكْرَمْتُكَ ، فطَلَّقْتَها ، ثم جِئْتَ تَخْطُبُها ! لا واللهِ لا تَعُودُ إليك أبدًا . وكان رَجُلًا لا بَأْسَ به ، وكانت المرأةُ تُرِيدُ أن تَرْجِعَ إليه ، فأنْزَلَ اللهُ تعالى هذه الآية : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾[٣٠] . فقلتُ : الآن أفْعَلُ يا رسولَ الله . قال : فزَوَّجها إيَّاهُ . رواه

---

(٢٤) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .

(٢٥) فى ب : « فإن » .

(٢٦) سقط من : الأصل ، ا .

(٢٧ – ٢٧) فى ا ، ب ، م : « وفسقه وموته » .

(٢٨) سقط من : الأصل .

(٢٩) سقط من : م .

(٣٠) سورة البقرة ٢٣٢ .

البخارىُّ[٣١] . وسواءٌ طَلَبَتِ التَّزويجَ بمَهْرِ مِثْلِها أو دُونَه . وبهذا قال الشافعىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لهم[٣٢] مَنْعُها من التَّزويجِ بدون مَهْرِ مِثْلِها ؛ لأنَّ عليهم فى ذلك عارًا ، وفيه ضَرَرٌ على نِسائِها[٣٣] ، لنَقْصِ مَهْرِ مِثْلِهِنَّ . ولَنا ، أنَّ المَهْرَ خالِصُ حَقِّها ، وعِوَضٌ يَخْتَصُّ بها ، فلم يكُنْ لهم الاعتراضُ عليها فيه ، كثَمَنِ عَبْدِها ، وأُجْرَةِ[٣٤] دارِها ، ولأنَّها لو / أسْقَطَتْه بعدَ وُجُوبِه ، سَقَطَ كلُّه ، فبَعْضُه أَوْلَى ، ولأنَّ النَّبىَّ ﷺ قال لِرَجُلٍ أراد أن يُزَوِّجَه[٣٥] : « الْتَمِسْ ولَوْ خاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ »[٣٦] . وقال لِامْرأةٍ زُوِّجَتْ بنَعْلَيْنِ : « أرَضِيتِ بنَعْلَيْنِ مِنْ نَفْسِكِ ؟ » . قالت : نعم . فأجازَه النَّبىُّ ﷺ[٣٧] . وقولهم : فيه عارٌ عليهم . ليس كذلك ، فإنَّ عمرَ قال : لو كان مَكْرُمةً فى الدُّنْيا ، أو تَقْوَى عندَ اللهِ ، كان أَوْلَاكُم بها[٣٨] رسولُ اللهِ ﷺ[٣٩] . يعنى غُلُوَّ الصَّداقِ . فإن رَغِبَتْ فى كُفْءٍ بعَيْنِه ، وأراد تَزْوِيجَها لغيرِه من أكْفائِها ، وامْتَنَعَ من تَزْوِيجِها من الذى أرادَتْه ، كان عاضِلًا لها . فأمَّا إن طَلَبَتِ التَّزْويجَ بغيرِ كُفْئِها ، فله مَنْعُها من ذلك ، ولا يكونُ عاضِلًا لها بهذا ؛ لأنَّه لو زُوِّجَتْ[٤٠] من غيرِ[٤٠] كُفْئِها ، كان له فَسْخُ النِّكاحِ ، فلأَنْ تُمْنَعَ[٤١] منه ابتداءً أَوْلَى .

١٥/٧و

---

(٣١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٦ .
(٣٢) فى ا : « له » .
(٣٣) فى الأصل : « نسائهن » .
(٣٤) فى الأصل ، ا ، ب : « وأجر » .
(٣٥) فى ب : « يتزوج » .
(٣٦) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .
(٣٧) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٣ . والبيهقى ، فى : باب لا يرد النكاح بنقص المهر ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٤٥ .
(٣٨) سقط من : الأصل .
(٣٩) أخرجه أبو داود ، فى : باب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٥ ، ٤٨٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٦ . والنسائى ، فى : باب القسط فى الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٦ . والدارمى ، فى : باب كم كانت مهور أزواج النبى ﷺ وبناته ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤١ . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب من القصد فى الصداق ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٣٤ والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤١ ، ٤٨ .
(٤٠ - ٤٠) فى ب : « بغير » .
(٤١) فى ب ، م : « تمتنع » .

١١١٥ ــ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ وَلِيُّهَا غَائِبًا فِى مَوْضِعٍ لَا يَصِلُ إِلَيْهِ الْكِتَابُ ، أَوْ يَصِلُ فَلَا يُجِيبُ عَنْهُ ، زَوّجها مَنْ هُوَ أَبْعَدُ مِنْهُ مِنْ عَصَبَاتِهَا[١] ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ، فَالسُّلْطَانُ)

الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فَصْلَيْنِ :

أوَّلهما : أنَّ الأقْرَبَ إذا غاب غَيْبَةً مُنْقَطِعةً ، فلِلأَبْعَدِ من عَصَبَتِها تَزْوِيجُها دُونَ الحاكمِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : يُزَوِّجُها الحاكمُ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ الوصولُ إلى النِّكاحِ من الأَقْرَبِ ، مع بَقاءِ وِلايَتِه ، فيقومُ الحاكمُ مقامَه ، كما لو عَضَلَها ، ولأنَّ الأَبْعَدَ مَحْجُوبٌ بولايةِ الأَقْرَبِ ، فلا يجوزُ له التَّزويجُ ، كما لو كان حاضرًا ، ودليلُ بَقاءِ وِلايتِه أنَّه لو زَوَّجَ من حيثُ هو ، أو وَكَّلَ ، صَحَّ . ولَنا ، قولُه عليه السلامُ : « السُّلْطانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ له »[٢] . وهذه لها وَلِىٌّ ، فلا يكونُ السلطانُ [٣] وَلِيًّا لها [٣] ، ولأنَّ الأَقْرَبَ تَعَذَّرَ حُصُولُ التَّزوِيجِ منه ، فتَثْبُتُ الولايةُ لمَنْ يَلِيه من العَصَباتِ ، كما لو جُنَّ أو مات ، ولأنَّها حالةٌ يجوزُ فيها التَّزويجُ لغيرِ الأَقْرَبِ ، فكان ذلك للأَبْعَدِ ، كالأَصْلِ ، وإذا عَضَلَها الأقربُ ، فهو كمَسْأَلتِنا .

والفصل الثانى : فى الغَيْبةِ المُنْقَطعةِ ، التى يجوزُ للأَبْعَدِ التَّزويجُ فى مِثْلِها . ففى قولِ الْخِرَقىِّ : هى مَنْ[٤] لا يَصِلُ إليه الكتابُ ، أو يَصِلُ فلا يُجِيبُ عنه ؛ لأنَّ[٥] مثلَ هذا

---

(١) فى ا ، ب ، م : « عصبتها » .

(٢) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وصفحة ٣٤٥ .

(٣-٣) فى م : « وليها » .

(٤) فى الأصل ، ا : « ما » .

(٥) فى الأصل زيادة : « فى » .

تتعذَّرُ مُراجَعَتُه بالكُلِّيةِ ، فتكونُ مُنقَطِعةً ، أى يَنقطِعُ عن[٦] إمْكانِ تَزْوِيجِها . وقال القاضى : يجبُ أن يكونَ حَدُّ المسافةِ أن لا تَرَدَّدَ القوافلُ فيه فى السَّنةِ إلَّا مَرَّةً ؛ لأنَّ الكُفْءَ يَنْتَظِرُ سنةً ، ولا ينتظرُ أكثرَ منها ، فيلحقُ الضَّررُ بتَرْكِ تَزْويجِها . وقد قال أحمدُ ، فى موضعٍ : إذا كان الأبُ بَعِيدَ السَّفَرِ ، يُزَوِّجُ الأَخُ . قال أبو الخَطَّاب : / فيَحْتَمِلُ أنَّه أراد بالسَّفرِ البعيدِ ما تُقْصَرُ فيه الصَّلاةُ ؛ لأنَّ ذلك هو السَّفَرُ[٧] الذى عُلِّقَتْ عليه الأحْكامُ . وذَهَبَ أبو بكرٍ إلى أنَّ حَدَّها مالا يُقْطَعُ[٨] إلَّا بكُلْفَةٍ ومَشَقَّةٍ ؛ لأنَّ[٩] أحمدَ قال : إذا لم يكنْ وَلِىٌّ حاضِرٌ من عَصَبتِها ، كَتَبَ إليهم حتى يأْذَنُوا ، إلَّا أن تكونَ غَيْبةً منقطعةً ، لا تُدْرَكُ إلَّا بكُلْفةٍ ومَشقَّةٍ ، فالسلطانُ وَلِىُّ مَنْ لا وَلِىَّ له . وهذا القولُ ، إن شاءَ اللهُ تعالى ، أقْرَبُها إلى الصَّوابِ ، فإنَّ التَّحْدِيداتِ بابُها التَّوْقيفُ ، ولا تَوْقِيفَ فى هذه المسألةِ ، فتُرَدُّ إلى ما يَتعارَفُه[١٠] الناسُ بينهم ، ممَّا لم تَجْرِ العادةُ بالانْتِظارِ فيه ، ويَلْحَقُ المرأةَ الضَّرَرُ بمَنْعِها من التَّزْوِيجِ فى مِثْلِه ، فإنَّه يَتعذَّرُ[١١] فى ذلك الوُصولُ إلى المَصْلَحةِ من نَظَرِ الأقْرَبِ ، فيكونَ كالمَعْدُومِ ، والتَّحْديدُ بالعامِ كبيرٌ ؛ فإنَّ الضررَ يَلْحَقُ بالانْتظارِ فى مثلِ ذلك[١٢] ، ويَذْهَبُ الخاطِبُ ، ومَنْ لا يَصِلُ الكتابُ منه أبْعَدُ ، ومَنْ هو على مَسافةِ القَصْرِ لا تَلْحَقُ المَشَقَّةُ فى مُكاتَبتِه . والتَّوسُّطُ أَوْلَى . واللهُ أعلمُ . واخْتلَف أصْحابُ أبى حنيفةَ فى الغَيْبةِ المُنْقَطِعةِ ، فقال بعضُهم كقولِ القاضى ، وبعضُهم قال: من الرَّىِّ إلى بَغْدادَ . وبعضُهم قال : من البَصْرةِ إلى الرَّقَّةِ . وهذان القولان يُشْبِهان قولَ أبى بكرٍ . واخْتلَف أصحابُ الشافعىِّ فى الغَيْبةِ[١٣] التى يُزَوِّجُ فيها

٧/١٥ظ

---

(٦) فى م : « من » .
(٧) فى ا ، ب زيادة : « البعيد » .
(٨) فى ا : « ينقطع » . وفى م : « يقع » .
(٩) فى الأصل : « ولأن » .
(١٠) فى الأصل : « تعارفه » .
(١١) فى الأصل : « تعذر » .
(١٢) سقط من : الأصل .
(١٣) فى الأصل زيادة : « المنقطعة » .

الحاكمُ ، فقال بعضُهم : مَسافةُ القَصْرِ . وقال بعضُهم : يُزَوِّجها الحاكمُ ، وإن كان الوَلِيُّ قريبًا . وهو ظاهرُ نصِّ الشافعيِّ . وظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه إذا كانت الغَيْبةُ غيرَ[14] منقطعةٍ ، أنَّه يُنْتَظَرُ ويُراسَلُ حتى يَقْدَمَ أو يُوَكِّلَ .

فصل : وإن كان القريبُ مَحْبوسًا ، أو أسِيرًا فى مسافةٍ قريبةٍ ، لا تُمْكِنُ مُراجعَتُه ، فهو كالبعيدِ ، فإنَّ البُعْدَ لم يُعْتَبَرْ لِعَيْنِه ، بل لتَعَذُّرِ الوُصولِ إلى التَّزويجِ بنَظَرِه ، وهذا موجودٌ هـٰهُنا ، وكذلك إن كان غائبًا لا يُعْلَمُ (15أقَرِيبٌ هو أم بَعِيدٌ15) ، أو عُلِمَ[16] أنَّه قريبٌ ، ولم يُعْلَمْ مكانُه ، فهو كالبَعِيدِ .

١١١٦ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زُوِّجَتْ مِنْ غَيْرِ كُفْءٍ ، فالنِّكَاحُ بَاطِلٌ)

اخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى اشتِراطِ الكفاءةِ لصِحَّةِ النكاحِ ، فرُوِىَ عنه أنَّها شَرْطٌ[1] له . قال[2] : إذا تزوَّجَ المَوْلَى العَرَبِيَّةَ فُرِّقَ بينهما . وهذا قولُ سُفْيانَ . وقال أحمدُ ، فى الرَّجُلِ يَشْرَبُ الشَّرابَ : ما هو بكُفْءٍ لها ، يُفَرَّقُ بينهما . وقال : لو كان المُتَزَوِّجُ حائِكًا فَرَّقْتُ[3] بينهما ؛ لقولِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : لأَمْنَعَنَّ فُرُوجَ[4] ذَوَاتِ الأَحْسابِ ، إلَّا من الأكْفاءِ . رَواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[5] . وعن أبى إسحاقَ الهَمْدَانِىِّ / قال : خَرَجَ سَلْمانُ وجَرِيرٌ فى سَفَرٍ ، فأُقِيمَتِ الصلاةُ ، فقال جَرِيرٌ لسَلْمانَ : تَقَدَّمْ أنتَ[6] . قال سَلْمانُ : بل أنتَ تَقَدَّمْ ، فإنَّكم مَعْشَرَ العَرَبِ لا يُتَقَدَّمُ عليكم[6] فى

١٦/٧ و

---

(١٤) سقط من : م .

(١٥ – ١٥) فى م : « قريب أم بعيد » .

(١٦) فى م : « يعلم » .

(١) فى الأصل : « تشترط » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى الأصل : « فرق » .

(٤) فى سنن الدارقطنى : « تزوج » .

(٥) وأخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٩٨ .

(٦) سقط من : الأصل ، ا .

صلاتِكم ، ولا تُنْكَحُ نِساؤُكم ، إنَّ اللهَ فَضَّلَكُم علينا بمُحمدٍ ﷺ ، وجعَله فيكم[7] .

ولأنَّ التَّزويجَ ، مع فَقْدِ الكَفاءةِ ، تَصرُّفٌ فى حَقِّ مَنْ يَحْدُثُ من الأَوْلياءِ بغيرِ إذْنِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو زَوَّجها بغيرِ إذْنِها . وقد رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « لَا تُنْكِحُوا النِّسَاءَ إِلَّا مِنَ الأَكْفاءِ ، ولا يُزَوِّجُهُنَّ[8] إلَّا[9] الأَوْلياءُ » . رواه الدَّارَقُطْنِىُّ[10] ، إلا أن ابنَ عبد البَرِّ قال : هذا ضعيفٌ ، لا أصْلَ له ، ولا يُحْتَجُّ بمِثْلِه . والرِّوايةُ الثانيةُ عن أحمدَ ، أنَّها ليست شَرْطًا فى النِّكاحِ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . رُوِىَ نحوُ هذا عن عمرَ ، وابن مسعودٍ ، وعمرَ بن عبد العزيزِ ، وعُبَيْدِ بن عُمَيْرٍ ، وحَمَّادِ بن أبى سُلَيمانَ ، وابنِ سِيرِينَ ، وابن عَوْنٍ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ﴾[11] . وقالت عائشةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها : إن أبا حُذَيْفةَ بن عُتْبَةَ بن رَبِيعةَ تَبَنَّى سالِمًا ، وأنْكَحَه ابْنَةَ أخِيه هِنْدَ ابنةَ الوَليدِ بن عُتْبَةَ ، وهو مَوْلًى لِامْرأةٍ من الأَنْصارِ . أخرجه البُخارىُّ[12] . وأمَرَ النَّبِىُّ ﷺ فاطمةَ بنتَ قَيْسٍ أن تَنْكِحَ أُسامةَ ابن زَيْدٍ مَوْلَاه ، فنَكَحَها بأمْرِه . مُتَّفَقٌ عليه[13] . وزَوَّجَ أباه زَيْدَ بن حارِثةَ ابنةَ عَمَّتِه

---

(7) أخرجه البيهقى مختصرا ، فى : باب اعتبار النسب فى الكفاءة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٤ .

(8) فى ا ، ب ، م : « تزوجوهن » .

(9) فى ا ، ب ، م زيادة : « من » .

(10) فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٤٥ .

كما رواه البيهقى ، فى : باب اعتبار الكفاءة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٣ .

(11) سورة الحجرات ١٣ .

(12) فى : باب الأكفاء فى الدين ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من حرَّم به ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٥ . والنسائى ، فى : باب تزوج المولى العربية ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٣ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرضاعة بعد الكبر ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢ / ٦٠٥ .

(13) لم يرد فى صحيح البخارى . وانظر : إرواء الغليل ٦ / ٢٦٤ .

وتقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠٧ . ويضاف إليه : وأخرجه مسلم ، فى : باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١١١٤ – ١١٢٠ . والنسائى ، فى : باب تزوج المولى العربية ، وباب خطبة الرجل إذا ترك الخاطب أو أذن له ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٢ ، ٦١ . والدارمى ، فى : باب النهى عن خطبة الرجل=

زَيْنَبَ بنتَ جَحْشٍ الأَسَدِيَّةَ[١٤] . وقال ابنُ مسعودٍ لأُختِه[١٥] : أُنْشِدُكِ اللهَ أن تَتَزَوَّجِي[١٦] مُسْلِمًا، وإن كان أَحْمَرَ رُومِيًّا، أو أَسْوَدَ حَبَشِيًّا[١٧] . ولأنَّ الكفاءةَ لا تَخْرُجُ عن كَوْنِها حقًّا للمرأةِ ، أو الأولياءِ ، أَوْ لَهما ، فلم يُشْتَرَطْ وُجودُها ، كالسَّلامةِ من العُيُوبِ . وقد رُوِىَ أنَّ أبا هِنْد حَجَمَ النَّبِىَّ ﷺ فى اليَافُوخِ ، فقال النَّبِىُّ ﷺ : « يا بَنِى بَيَاضَةَ ، أَنْكِحُوا أَبَا هِنْدٍ ، وأَنْكِحُوا إِلَيْهِ » . رواه أبو داودَ[١٨] ، إلَّا أنَّ[١٩] أحمد ضَعَّفَه ، وأنْكَره إنْكارًا شديدًا . والصَّحِيحُ أنَّها غيرُ مُشْتَرطةٍ[٢٠] ، وما رُوِىَ فيها يَدُلُّ على اعْتبارِها فى الجُملةِ ، ولا يَلْزَمُ منه[٢١] اشتِراطُها ؛ وذلك لأنَّ لِلزَّوجةِ[٢٢] وكلِّ واحدٍ من الأولياءِ[٢٣] فيها حَقًّا[٢٤] ، ومَنْ لم يَرْضَ منهم فله الفَسْخُ . ولذلك لمَّا زَوَّجَ رَجُلٌ ابْنَتَه من ابنِ أخِيه ، لِيَرْفَعَ بها خَسِيسَتَه ، جَعَلَ لها النَّبِىُّ ﷺ الخِيَارَ ، فأجازَتْ[٢٥] ما صَنَعَ أبُوها[٢٦] . ولو

= على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٥ ، ١٣٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٧٣ ، ٤١١ ، ٤١٢ ، ٤١٣ ، ٤١٦ ، ٤١٧ .

(١٤) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٣٠١ . والبيهقى ، فى : باب لا يرد نكاح غير الكفو ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٥٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى المناكحة . السنن ١ / ١٦١ . وانظر ما أخرجه البخارى ، فى : باب قوله : ﴿ وتخفى فى نفسك ﴾ من تفسير سورة الأحزاب . صحيح البخارى ٦ / ١٤٧ .

(١٥) فى م : « لأخيه » .

(١٦) فى النسخ زيادة : « إلا » . والمثبت فى سنن سعيد بن منصور .

(١٧) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى المناكحة . السنن ١ / ١٦١ .

(١٨) فى : باب فى الأكفاء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٤ .

كما أخرجه الدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) فى الأصل : « مشروطة » .

(٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) فى ا ، ب ، م : « الزوجة » .

(٢٣) فى م زيادة : « له » .

(٢٤) فى ا ، م : « حق » .

(٢٥) فى الأصل : « فاختارت » .

(٢٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٧٩ .

فُقِدَ الشرطُ لم يكُنْ لها خِيارٌ . فإذا قُلْنا باشْتِراطِها ، فإنَّما يُعْتَبرُ وُجودُها حالَ العَقْدِ ، فإن عُدِمَتْ بعدَه ، لم يَبْطُلِ النكاحُ ؛ لأنَّ شُرُوطَ النكاحِ إنَّما تُعْتَبَرُ لَدَى العَقْدِ . وإن كانت مَعْدُومةً حالَ العَقْدِ ، فالنكاحُ فاسِدٌ ، / حُكْمُه حكمُ العُقودِ الفاسِدَةِ ، على ما مَضَى . ١٦/٧ ظ

فإن قُلْنا : ليست شَرْطًا . فرَضِيَتِ المرأةُ والأولياءُ كلُّهم ، صَحَّ النِّكاحُ ، وإن لم يَرْضَ بعضُهم ، فهل يَقَعُ العقدُ باطلًا من أصْلِه أو صحِيحًا ؟ فيه روايتانِ عن أحمدَ ، وقولان للشافعيِّ . أحدهما ، هو باطلٌ ؛ لأنَّ الكفاءةَ حقٌّ لجَمِيعِهِم ، والعاقِدُ[27] مُتصرِّفٌ فيها بغيرِ رِضَاهُم ، فلم يَصِحَّ ، كتَصَرُّفِ الفُضُولِيِّ . والثانية ، هو صَحِيحٌ[28] ؛ بدَليلِ أنَّ المرأةَ التى رَفَعَتْ إلى النَّبِيِّ ﷺ أنَّ أباها زَوَّجَها من غيرِ كُفْئِها خَيَّرَها ، ولم يُبْطِلِ النِّكاحَ[29] من أصْلِه . ولأنَّ العَقْدَ وَقَعَ بالإذْنِ ، والنَّقْصُ الموجودُ فيه لا يَمْنَعُ صِحَّتَه ، وإنَّما يُثْبِتُ الخِيارَ ، كالعَيْبِ من العُنَّةِ وغيرِها . فعلى هذه الرِّوايةِ لمن لم يَرْضَ الفَسْخُ . وبهذا قال الشافعيُّ ، ومالكٌ . وقال أبو حنيفةَ : إذا رَضِيَتِ المرأةُ وبعضُ الأوْلياءِ ، لم يكُنْ لباقى الأوْلياءِ فَسْخٌ ؛ لأنَّ هذا الحَقَّ لا يَتَجزَّأُ ، وقد أسْقَطَ بعضُ الشُّركاءِ حَقَّه ، فسَقَطَ جَمِيعُه ، كالقِصَاصِ . ولَنا ، أنَّ كلَّ واحدٍ من الأولياءِ يُعْتَبَرُ رِضَاه ، فلم يَسْقُطْ برِضَى غيرِه ، كالمرأةِ مع الوَلِيِّ . فأمَّا القِصَاصُ فلا يَثْبُتُ لكلِّ واحدٍ كاملًا ، فإذا سَقَطَ بعضُه ، تَعَذَّرَ اسْتِيفاؤُه ، وهٰهُنا بخِلافِه ، ولأنَّه لو زَوَّجَها بدون مَهْرِ مِثْلِها ، مَلَكَ الباقُونَ عندَهم الاعْتِراضَ ، مع أنَّه خالصُ حَقِّها ، فهٰهُنا مع أنَّه حَقٌّ لهم أوْلَى . وسواءٌ كانوا مُتَساوِينَ فى الدَّرجةِ ، أو مُتَفاوِتِينَ ، فزَوَّجَ الأقْرَبُ ، مثل أن يُزَوِّجَ الأبُ بغيرِ كُفْءٍ ، فإنَّ للإِخْوةِ الفَسْخَ . وقال مالكٌ ، والشافعيُّ : ليس لهم فَسْخٌ[30] إذا زَوَّجَ الأقْرَبُ ؛ لأنَّه لا حَقَّ للأبْعدِ معه ، فرِضاؤُه لا يُعتبرُ . ولَنا ، أنَّه وَلِيٌّ فى حالٍ يَلْحَقُه العارُ بفَقْدِ الكفاءةِ ، فمَلَكَ الفَسْخَ كالمُتَساوِيَيْنِ .

---

(٢٧) فى م : « والعاقل » .

(٢٨) فى ا ، م : « الصحيح » .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) فى م : « الفسخ » .

١١١٧ – مسألة ؛ قال : (والكُفءُ ذُو الدِّينِ[1] والمَنصِبِ)

يعنى بالمَنْصِبِ الحَسَبَ ، وهو النَّسَبُ . واختلفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فى شُروطِ الكفاءةِ ، فعنه هما شَرْطانِ ؛ الدِّينُ ، والمَنْصِبُ ، [2]لا غيرُ[2] . وعنه ، أنَّها خَمسةٌ ؛ هذان ، والحُرِّيَّةُ ، والصِّناعةُ ، واليَسارُ . وذكر القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » أنَّ فَقْدَ هذه الثلاثة لا يُبْطِلُ النِّكاحَ ، رِوايةً واحدةً ، وإنَّما الرِّوايتان فى الشَّرْطينِ الأَوَّلَيْنِ . قال : ويتَوَجَّهُ أنَّ المُبْطِلَ عَدَمُ الكفاءةِ فى النَّسَبِ لا غيرُ ؛ لأنَّه نَقْصٌ لازمٌ ، وما عَدَاه غيرُ لازمٍ ، ولا يَتَعَدَّى نَقْصُه إلى الوَلَدِ . وذَكَر فى « الجامع » الرِّوايتَيْنِ فى جميعِ الشُّروطِ . وذكره أبو الخَطَّابِ أيضا . وقال مالكٌ : الكفاءةُ فى الدِّينِ لا غيرُ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا جملةُ مذهبِ مالكٍ وأصحابه . وعن الشافعىِّ كقَوْلِ مالكٍ ، وقولٌ آخرُ أنَّها الخمسةُ التى ذكَرناها ، والسَّلامةُ / من العُيوبِ الأربعةِ فتكون سِتَّةً . وكذلك قولُ أبى حنيفةَ ، والثَّورىِّ ، والحسنِ ابن حَىٍّ ، إلَّا فى الصَّنْعةِ والسَّلامةِ من العُيوبِ الأربعةِ[3] . ولم يَعْتَبِرْ محمدُ بن الحسنِ الدِّينَ ، إلَّا أن يكونَ ممَّن يَسْكَرُ ويَخْرُجُ ويَسْخَرُ منه[4] الصِّبْيانُ ، فلا يكون كُفْؤًا ؛ لأنَّ الغالِبَ على الجُنْدِ الفِسْقُ ، ولا يُعَدُّ[5] ذلك نَقْصًا ، والدليلُ على اعْتبارِ الدِّينِ قولُه تعالى : ﴿ أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ ﴾[6] . ولأنَّ الفاسِقَ مَرْذولٌ مَرْدودُ الشَّهادةِ والرِّوايةِ ، غيرُ مَأْمونٍ على النَّفْسِ والمالِ ، مَسْلُوبُ الوِلَاياتِ[7] ، ناقصٌ عند الله تعالى وعندَ خَلْقِه ، قليلُ الحَظِّ فى[8] الدُّنيا والآخرةِ ، فلا يجوزُ أن يكونَ كُفْؤًا لِعَفيفةٍ ، ولا مُساوِيًا لها ، لكن يكونُ كُفؤًا لِمِثْلِه . فأمَّا الفاسِقُ من الجُنْدِ ، فهو

١٧/٧ و

---

(١) فى م : « والدين » .

(٢ – ٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل ، ا .

(٤) فى م : « معه » .

(٥) فى ب ، م : « ويعد » .

(٦) سورة السجدة ١٨ .

(٧) فى م : « الولاية » .

(٨) فى ب : « من » .

ناقِصٌ عند أهلِ الدِّينِ والمُروءاتِ . والدليلُ على اعْتبارِ النَّسَبِ فى الكفاءةِ، قولُ عمرَ، رَضِىَ اللهُ عنه : لأَمْنَعَنَّ فُروجَ ذَوَاتِ الأَحْسابِ إلَّا مِنَ الأَكْفَاءِ . قال : قلتُ : وما الأَكْفاءُ ؟ قال فى الحَسَبِ[9] . رواه أبو بكر عبدُ العزيزِ ، بإسْنادِه[10] . ولأنَّ العربَ يعُدُّونَ الكفاءةَ فى النَّسَبِ ، ويأْنَفونَ من نِكاحِ الْمَوَالِى[11] ، ويَروْنَ[12] ذلك نقصًا وعارًا ، فإذا أُطْلِقَتِ الكفاءةُ ، وَجَبَ حَمْلُها على المُتعارَفِ ، ولأنَّ فى فَقْدِ ذلك عارًا ونقصًا ، فوَجَبَ أن يُعْتَبَرَ فى الكفاءةِ كالدِّينِ[13] .

فصل : واخْتلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فرُوِىَ عنه أنَّ غيرَ قُرَيْشٍ من العَرَبِ لا يُكافِئُها ، وغيرَ بنى هاشِمٍ لا يُكافِئُهم . وهذا قولُ[14] بعضِ أصحابِ الشافعىِّ ؛ لما رُوِىَ عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إنَّ اللهَ اصْطَفَى كِنانَةَ مِنْ وَلَدِ إسْمَاعِيلَ ، واصْطَفَى مِنْ كِنانةَ قُرَيْشًا ، واصْطَفَى مِنْ قُرَيْشٍ بَنِى هَاشِمٍ ، واصْطَفَانِى مِنْ بَنِى هَاشِمٍ »[15] . ولأنَّ العربَ فُضِّلَتْ على[16] الأُمَمِ برَسُولِ اللهِ ﷺ ، وقُرَيْشٌ أَخَصُّ به من سائرِ العَرَبِ ، وبنو هاشِمٍ أخصُّ به من قُرَيْشٍ . وكذلك قال عثمانُ ، وجُبَيْرُ بن مُطْعِمٍ : إنَّ إخوانَنا من بنى هاشِمٍ لا نُنكِرُ فَضْلَهم علينا ، لمَكانِكَ الذى وَضَعَكَ اللهُ به منهم[17] . وقال أبو حنيفةَ : لا تُكافِئُ العَجَمُ العَرَبَ ولا العَرَبُ قُرَيْشًا ، وقريشٌ كلُّهم أَكْفاءٌ ؛ لأنَّ ابنَ

---

(9) فى م : « الأحساب » .

(10) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٧ .

(11) فى م : « المولى » .

(12) فى الأصل : « ويعدون » .

(13) فى م : « الدين » .

(14) فى م زيادة : « عن » .

(15) أخرجه مسلم ، فى : باب فضل نسب النبى ﷺ ... ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤ / ١٧٨٢ . والترمذى ، فى : باب فى فضل النبى ﷺ ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣ / ٩٤ ، ٩٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١٠٧ .

(16) سقط من : الأصل ، ا .

(17) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١١ .

عباسٍ قال : قريشٌ بعضُهم أكْفاءُ بعضٍ . والرِّواية الثانية عن أحمدَ ، أنَّ العربَ بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ ، والعَجَمُ بعضُهم لبعضٍ أكفاءٌ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ زَوَّجَ ابْنَتَيْه عُثمانَ ، وزَوَّجَ أبا العاصِ بن الرَّبيعِ زَيْنَبَ ، وهما من بنى عبدِ شَمْسٍ ، وزوجَ علىٌّ عمرَ ابْنَتَه أُمَّ كُلْثومٍ ، وتَزَوَّجَ عبدُ الله بن عمرٍو[18] بن عثمانَ فاطمةَ بنتَ الحُسَيْنِ / بن علىٍّ ، وتزوَّجَ المُصْعَبُ بن الزُّبَيْرِ أُخْتَها سُكَيْنَةَ ، وتَزَوَّجها أيضا عبدُ الله بن عثمانَ بن حَكِيمِ بن حِزَامٍ ، وتزوَّجَ المِقْدادُ بن الأَسْودِ ضُبَاعةَ ابنةَ الزُّبَيْرِ بن عبدِ المُطَّلِبِ ابنةَ عَمِّ رَسُولِ الله ﷺ ، وزَوَّجَ أبو بكرٍ أُخْتَه أُمَّ فَرْوَةَ الأَشْعَثَ بن قَيْسٍ ، وهما كِنْدِيَّانِ ، وتزَوَّجَ أسامةُ بن زيدٍ فاطمةَ بنتَ قَيْسٍ ، وهى من قُرَيْشٍ ، ولأنَّ العَجَمَ والمَوالِى بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ ، وإن تَفاضَلُوا ، وشَرُفَ بعضُهم على بعضٍ ، فكذلك العَرَبُ .

١٧/٧ ظ

فصل : فأمَّا الحُرِّيَّةُ ، فالصَّحيحُ أنَّها من شُروطِ الكَفاءةِ ، فلا يكونُ العبدُ كُفْؤًا لحُرَّةٍ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ خَيَّرَ بَرِيرَةَ حين عَتَقَتْ تحت عبدٍ . فإذا ثَبَتَ الخيارُ بالحُرِّيَّةِ الطَّارِئَةِ[19] ، فبالحُرِّيَّةِ المُقارِنةِ أوْلَى . ولأنَّ نَقْصَ الرِّقِّ كبيرٌ ، وضَرَرُه بَيِّنٌ ، فإنَّه مَشْغُولٌ عن امْرأتِه بحُقُوقِ سَيِّدِه ، ولا يُنْفِقُ نَفَقةَ المُوسِرِينَ ، ولا يُنْفِقُ على وَلَدِه ، وهو كالمَعْدُومِ بالنِّسْبةِ إلى نَفْسِه . ولا يَمْنَعُ[20] صِحَّةَ النِّكاحِ ؛ فإنَّ[21] النَّبِىَّ ﷺ قال لِبَرِيرَةَ : « لَوْ رَاجَعْتِيهِ » . قالتْ : يا رسولَ الله ، أتَأْمُرُنِى ؟ قال : « إنَّما أنَا شَفِيعٌ » . قَالتْ : فلا حاجةَ لى فيه . روَاه البُخارِىُّ[22] . ومُرَاجَعَتُها له ابتداءُ النِّكاحِ ، فإنَّه قد

---

(١٨) فى الأصل : « عمر » .

وعبد الله بن عمرو بن عثمان هو الذى يلقب بالمطرف لحسنه . تهذيب التهذيب ٥ / ٣٣٨ .

(١٩) فى م : « الظاهرية » .

(٢٠) فى الأصل زيادة : « من » .

(٢١) فى م : « لأن » .

(٢٢) فى : باب شفاعة النبى ﷺ فى زوج بريرة ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٦٢ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب شفاعة الحاكم للخصوم قبل فصل الحكم ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١٥ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧١ . والدارمى ، فى : باب =

انْفَسَخَ نِكاحُها باخْتِيارِها ، ولا يَشْفَعُ إليها النَّبِىُّ ﷺ فى أن تَنْكِحَ عبدًا إلَّا والنِّكاحُ صحيحٌ .

فصل : فأمَّا اليَسارُ ، ففيه رِوايتان ؛ إحْداهما ، هو شَرْطٌ فى الكفاءةِ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « الحَسَبُ المالُ »[23] . وقال : « إنَّ أحْسَابَ النَّاسِ بَيْنَهُمْ فِى هٰذِهِ الدُّنْيَا هٰذَا الْمَالُ »[24] . وقال لفاطمةَ بنت قَيْسٍ ، حين أخْبَرتْه أنَّ مُعاوِيةَ خَطَبَها : « أمَّا مُعَاوِيةُ فَصُعْلُوكٌ ، لَا مَالَ لَهُ »[25] . ولأنَّ على المُوسِرَةِ ضَرَرًا فى إعْسارِ زَوْجِها ؛ لإخْلالِه بنَفَقَتِها ومُؤْنَةِ أوْلادِها ، ولهذا مَلَكَتِ الفَسْخَ بإخْلالِه بالنَّفَقةِ ، فكذلك إذا كان مُقارِنًا ، ولأنَّ ذلك مَعْدُودٌ نَقْصًا فى عُرْفِ الناسِ ، يَتَفاضَلُون[26] فيه كتَفَاضُلِهم فى النَّسَبِ وأبْلَغ ، قال نُبَيْهُ بن الحَجَّاجِ السَّهْمِىُّ[27] :

سَألَتانِى الطَّلاقَ أن رَأَتانِى ... قَلَّ مَالِى قد جِئْتُمانِى بِنُكْرِ[28]
وَيْكَأنَّ مَنْ لَهُ نَشَبٌ مُحَبَّبٌ ... وَمَن يَفْتَقِرْ يَعِشْ عَيْشَ ضُرٍّ[29]

= فى تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢١٥ ، ٢٨١ ، ٣٦١ .

(٢٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب تفسير سورة الحجرات ، من أبواب التفاسير . عارضة الأحوذى ١٢ / ١٥٨ . وابن ماجه ، فى : باب الورع والتقوى ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ / ١٤١٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ١٠ .

(٢٤) أخرجه النسائى ، فى : باب الحسب ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٣ . والحاكم ، فى : باب تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء ... ، من كتاب النكاح . المستدرك ٢ / ١٦٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٣٥٣ ، ٣٦١ .

(٢٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٨ .

(٢٦) فى م : « ويتفاضلون » .

(٢٧) نُبيه بن الحجاج السهمى ، ذكره ابن خلكان نقلا عن جمهرة النسب لابن الكلبى ، فقال : مُنَبِّه ونُبَيْه ابنا الحجاج ابن عامر بن حذيفة بن سعد بن سهم القرشى ، كانا سيدىْ بنى سهم فى الجاهلية ، قتلا يوم بدر كافرين ، وكانا من المطعمين . وفيات الأعيان ٦ / ٣٢٩ .

(٢٨) سقط البيت من : الأصل .

(٢٩) فى ا ، ب ، م : « نسب يحبب » .

فكان من شُروطِ[٣٠] الكفاءةِ ، كالنَّسَبِ . والرِّوايةُ الثانية ، ليس بشرطٍ ؛ لأنَّ الفقْرَ شَرَفٌ فى الدِّينِ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ أَحْيِنِى مِسْكِينًا ، وأَمِتْنِى مسكينًا »[٣١] . وليس هو أمرًا لازِمًا ، فأشْبَهَ العافِيةَ من المَرَضِ ، واليَسارُ المُعْتَبرُ ما يَقْدِرُ به على الإِنفاقِ عليها ، حسبَ ما يَجِبُ لها ، ويُمْكِنُه أداءُ مَهْرِها .

/ فصل : فأمَّا الصِّناعةُ ، ففيها رِوايتان أيضا ؛ إحْداهما ، أنَّها شَرْطٌ ، فمَن كان من أهلِ الصنائعِ الدَّنِيئةِ ، كالحائكِ ، والحَجَّامِ ، والحارِسِ ، والكَسَّاحِ ، والدَّبَّاغِ ، والقَيِّمِ ، والحمَّامِىِّ ، والزَّبَّالِ ، فليس بكُفْءٍ[٣٢] لبناتِ ذَوِى[٣٢] المُرُوءاتِ ، أو أصحابِ الصِّنائعِ الجَلِيلةِ ، كالتِّجارةِ ، والبِنايةِ ؛ لأنَّ ذلك نَقْصٌ فى عُرْفِ الناسِ ، فأشْبَهَ نَقْصَ النَّسَبِ ، وقد جاء فى حَدِيثٍ[٣٣] : « العَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، إِلَّا حَائِكًا ، أو حَجَّامًا »[٣٤] . قيل لأحمدَ ، رَحِمَه اللهُ : وكيف تأْخُذُ به وأنتَ تُضَعِّفُه ؟ قال : العَمَلُ عليه . يعنى أنَّه وَرَدَ مُوافِقًا لأهلِ العُرْفِ . ورُوِىَ أنَّ ذلك ليس بنَقْصٍ ، ويُرْوَى نحوُ ذلك عن أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ ذلك ليس بنَقْصٍ فى الدِّينِ ، ولا هو لازِمٌ ، فأشْبَهَ الضَّعْفَ والمَرَضَ ، قال بعضُهم[٣٥] :

ألَا إنَّما التَّقْوَى هى العِزُّ والكَرَمْ ... وحُبُّكَ للدُّنْيا هو الذُّلُّ والسَّقَمْ
ولَيْسَ على عَبْدٍ تَقِىٍّ نَقِيصَةٌ ... إذا حَقَّقَ التَّقْوَى وإن حَاكَ أو حَجَمْ

وأما السَّلامةُ من العُيوبِ ، فليس من شُروطِ الكَفاءةِ ، فإنَّه لا خِلافَ فى أنَّه لا يَبْطُلُ النِّكاحُ بعَدَمِها ، ولكنَّها تُثْبِتُ الخِيارَ للمَرأةِ دُونَ الأَوْلِيَاءِ ؛ لأنَّ ضَرَرَه مُخْتَصٌّ بها .

١٨/٧ و

---

(٣٠) فى الأصل : « شرط » .

(٣١) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٠٧ .

(٣٢–٣٢) فى ب : « لذوى » .

(٣٣) فى م : « الحديث » .

(٣٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب اعتبار الصنعة فى الكفاءة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٥ .

(٣٥) البيتان لأبى العتاهية ، وهما فى ديوانه . انظر : أبو العتاهية أشعاره وأخباره ٣٤٨ ، ٣٤٩ .

ولوليِّها مَنْعُها من نِكاحِ المَجْذُومِ والأَبْرصِ والمجنونِ ، وما عدا هذا فليس بِمُعْتَبرٍ[٣٦] فى الكفاءةِ .

فصل : مَن أسْلَمَ أو عَتَقَ من العَبيدِ ، فهو كُفْءٌ لمن له أبوانِ فى الإسْلامِ والحُرِّيةِ . وقال أبو حنيفةَ : ليس بكُفْءٍ . وليس بصحيحٍ ؛ فإنَّ الصَّحابةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، أكْثَرُهم أسْلَمُوا، وكانوا أفْضَلَ الأُمَّةِ، فلا يجوزُ أن يُقالَ: إنَّهم غيرُ أكْفاءٍ للتَّابِعِينَ.

فصل : فأمَّا وَلَدُ الزِّنَى ، فيَحْتَمِلُ أن لا يكونَ كُفْوًا لذاتِ نَسَبٍ ؛ فإنَّ أحمدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، ذُكِرَ له أنَّه يَنْكِحُ ويُنْكَحُ إليه ؟ فكأنَّه لم يُحِبَّ . وذلك لأنَّ المرأةَ تُعَيَّرُ به هى وأولياؤُها[٣٧] ، ويَتَعدَّى ذلك إلى وَلَدِها . وأمَّا كونُه ليس بكُفْءٍ لعَرَبِيَّةٍ ، فلا إشْكالَ فيه ؛ لأنَّه أدْنَى حالًا من المَوْلَى .

فصل : والمَوالِى بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ ، وكذلك العَجَمُ . قال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رَجُلٍ من بنى هاشمٍ له مَوْلاةٌ : يُزَوِّجُها الْخُرَاسانِىَّ ، وقولُ النَّبىِّ ﷺ : « مَوالِى الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ »[٣٨] . هو فى الصَّدَقةِ ، فأمَّا فى[٣٩] النكاحِ فلْيَنْكِحْ . وذَكَرَ القاضى روايةً عن أحمدَ ، أنَّ مَوْلَى القومِ يكافِئُهُم ؛ لهذا الخبرِ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ زَوَّجَ زَيْدًا وأسامةَ عَرَبِيَّتَيْنِ[٤٠] ، ولأنَّ مَوالِىَ بنى هاشمٍ ساوُوهُم فى حِرْمانِ / الصَّدقةِ ، فيُساوُونَهُم فى الكفاءةِ . وليس هذا بصحيحٍ ؛ فإنَّه يُوجِبُ أن يكونَ المَوالِى أكْفاءَ للعَرَبِ ، فإنَّ المَوْلَى إذا كان كُفْءَ سَيِّدِه كان كفوًا لمن يكافِئُه سَيِّدُه ، فيَبْطُلُ اعتبارُ المَنْصِبِ ، وقد قال أحمدُ : هذا الحديثُ فى الصَّدَقةِ ، لا فى النِّكاحِ . ولهذا لا يُساوُونَهُم فى اسْتِحقاقِ الْخُمسِ ، ولا فى الإمامةِ ، ولا فى الشَّرَفِ . وأمَّا زَيْدٌ وأسامةُ ، فقد اسْتُدِلَّ بِنكاحِهِما

١٨/٧ظ

---

(٣٦) فى الأصل : « يعتبر » .

(٣٧) فى ا ، م : « وولديها » .

(٣٨) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٠ .

(٣٩) سقط من : م .

(٤٠) تقدم تخريجه فى صفحتى ٣٨٨ ، ٣٨٩ .

عَرَبيَّتَيْنِ على أنَّ فَقْدَ الكفاءةِ لا يُبْطِلُ النِّكاحَ ، واعْتَذرَ أحمدُ عن تَزْوِيجِهما ، بأنَّهما عَرَبِيَّان ، فإنَّهما من كَلْبٍ ، وإنَّما طَرَأ عليهما رِقٌّ . فعلى هذا يكونُ هذا[41] حُكْمَ كلِّ عَرَبِىِّ الأصْلِ .

فصل : فأمَّا أهْلُ البِدَعِ ، فإنَّ أحمدَ قال فى الرَّجُلِ يُزَوِّجُ الْجَهْمِىَّ : يُفَرَّقُ بينهما . وكذلك إذا زَوَّجَ الْواقِفِىَّ ، إذا كان يُخاصِمُ ويَدْعُو ، وإذا زَوَّجَ أُخْتَه من هؤلاءِ اللَّفْظِيَّةِ[42] ، وقد كتب الحَدِيث ، فهذا[43] شَرٌّ من جَهْمِىٍّ ، يُفَرَّقُ بينهما . وقال : لا يُزَوِّجُ بِنْتَه من حَرُورِىٍّ مَرَقَ من الدِّينِ ، ولا من الرَّافِضِىِّ ، ولا من القَدَرِىِّ ، فإذا كان لا يَدْعُو فلا بَأْسَ . وقال : من لم يُرَبِّعْ[44] بعَلِىٍّ فى الخِلافةِ ، فلا تُنَاكِحُوه ، ولا تُكَلِّمُوه . قال القاضى : المُقَلِّدُ منهم يَصِحُّ تَزْوِيجُه ، ومَن كان داعِيَةً منهم فلا يَصِحُّ تَزْوِيجُه .

فصل : والكَفاءةُ مُعْتبَرَةٌ فى الرَّجُلِ دُونَ المرأةِ ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ لا مُكافِئَ له ، وقد تَزَوَّجَ من أحْياءِ العَرَبِ ، وتزوجَ صَفِيَّةَ بنت حُيَىٍّ ، وتَسَرَّى بالإمَاءِ ، وقال : « مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ ، فعَلَّمَها ، وأحْسَنَ تَعْلِيمَها ، وأحْسَنَ إلَيْهَا ، ثُمَّ أعْتَقَها وتَزَوَّجَهَا ، فَلَهُ أجْرانِ » . متفقٌ عليه[45] . ولأنَّ الوَلَدَ يَشْرُفُ بشَرَفِ أبيه ، لا بأُمِّه ، فلم يُعْتَبَرْ ذلك فى الأُمِّ .

---

(41) سقط من : ب ، م .

(42) فى م : « اللقطة » .

(43) فى ب : « فهو » .

(44) أى يعده رابع الخلفاء الراشدين .

(45) أخرجه البخارى ، فى : باب تعليم الرجل أمته وأهله ، من كتاب العلم ، وفى : باب فضل من أدب جاريته وعلمها ، من كتاب العتق ، وفى : باب فضل من أسلم من أهل الكتابين ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب : ﴿ واذكر فى الكتاب مريم ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب اتخاذ السرارى ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١ / ٣٥ ، ٣ / ١٩٥ ، ٤ / ٧٤ ، ٢٠٤ ، ٧ / ٧ . ومسلم ، فى : باب وجوب الإيمان برسالة نبينا محمد ﷺ ... ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١ / ١٣٤ ، ١٣٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٣ . =

١١١٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَإذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَته الْبِكْرَ ، فَوَضَعَهَا فى كفَاءَةٍ ، فالنِّكاحُ ثَابِتٌ وَإنْ كَرِهَتْ ، كَبِيرةً كَانَتْ أو صَغِيرَةً)

أَمَّا البِكْرُ الصغيرةُ ، فلا خلافَ فيها . قال ابنُ المنذرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من أهلِ العلمِ ، أنَّ نِكاحَ الأبِ ابْنَتَه البِكْرَ[١] الصغيرةَ جائزٌ ، إذا زَوَّجها من كُفْءٍ ، ويجوزُ له تَزْوِيجُها مع كَرَاهِيَتِها وامْتِناعِها . وقد دَلَّ على جوازِ تَزْوِيجِ الصغيرةِ قولُ الله تعالى : ﴿ وَاللَّائِى يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِى لَمْ يَحِضْنَ ﴾[٢] فجَعَلَ لِلَّائى لم يَحِضْنَ عِدَّةَ ثلاثةِ أشْهُرٍ ، ولا تكونُ العِدَّةُ ثلاثةَ أشْهُرٍ إلَّا من طَلاقٍ[٣] فى نِكاحٍ أو فَسْخٍ ، فدَلَّ ذلك على أنَّها تُزَوَّجُ وتُطَلَّقُ ، ولا إذْنَ لها فيُعْتَبرُ . وقالت عائشةُ ، رَضِىَ الله عنها : تَزَوَّجَنِى النَّبِىُّ ﷺ وأنا ابنةُ سِتٍّ ، وبَنَى بى وأنا ابنةُ تِسْعٍ . متفقٌ عليه[٤] .. ومَعْلومٌ أنَّها لم تكنْ فى تلك الحالِ ممَّن يُعْتَبَرُ / إذْنُها . ورَوَى الأثرمُ ، أن قُدامةَ بن مَظْعونٍ تزوَّجَ ابنةَ الزُّبَيْرِ حين نَفِسَتْ ، فقِيلَ له ، فقال : ابْنةُ الزُّبيرِ إن مُتُّ وَرِثَتْنِى ، وإن عِشْتُ كانت امْرَأتِى . وزَوَّجَ علىٌّ ابْنَته أُمَّ كُلْثومٍ وهى صَغِيرةٌ عمرَ

١٩/٧و

= وابن ماجه ، فى : باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٩ . والدارمى ، فى : باب فضل من أعتق أمة ثم تزوجها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٤ ، ١٥٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٣٩٥ ، ٣٩٨ ، ٤٠٢ ، ٤١٤ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة الطلاق ٤ .

(٣) فى م : « الطلاق » .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب تزويج النبى ﷺ عائشة ... ، من كتاب مناقب الأنصار . صحيح البخارى ٥ / ٧٠ ، ٧١ . ومسلم ، فى : باب تزويج البكر الصغيرة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٨ ، ١٠٣٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تزويج الصغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٠ . وابن ماجه ، فى : باب نكاح الصغار يزوجهن الآباء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٣ ، ٦٠٤ . والدارمى ، فى : باب فى تزويج الصغار إذا زوجهن آباؤهن ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٩ ، ١٦٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤٢ ، ١١٨ ، ٢١١ .

ابن الخَطابِ ، رَضِيَ اللهُ عنهما . وأمَّا البِكْرُ البالغةُ العاقلةُ ، فعن أحمدَ روايتـان ؛ إحداهما ، له إجْبارُها على النكاحِ ، وتَزْوِيجُها بغيرِ إذْنِها ، كالصغيرةِ . وهذا مذهبُ مالكٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والشَّافعيِّ ، وإسحاقَ . والثانية ، ليس له ذلك ، اختارها أبو بكرٍ . وهو مذهبُ الأَوْزاعيِّ ، والثَّوْرِيِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأَصْحابِ الرَّأْىِ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، ولا تُنْكَحُ البِكْرُ حتى تُسْتَأْذَنَ[5] » . فقالوا : يا رسولَ الله ، فكيف إذْنُها ؟ قال : « أنْ تَسْكُتَ » . متفقٌ عليه[6] . ورَوَى أبو داودَ[7] ، وابنُ ماجه ، عن ابنِ عباسٍ ، أنَّ جاريةً بِكْرًا ، أتتِ النبىَّ ﷺ ، فذَكَرَتْ أن أباها زَوَّجها وهى كارِهة ، فخيرَّها النَّبِىُّ ﷺ[8] . ولأنَّها جائِزَةُ التَّصَرُّفِ فى مالِها ، فلم يَجُزْ إجْبارُها ، كالثَّيِّبِ ، والرَّجُلِ[9] .

ووَجْهُ الرِّوايةِ الأُولَى ، ما رُوِىَ عن[10] ابنِ عباسٍ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « الْأَيِّمُ أَحَقُّ بنَفْسِها مِنْ وَلِيِّها ، والبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ[11] ، وإذْنُها صُمَاتُها » . رواه[12] مسلمٌ و[12]

---

(٥) فى الأصل ، ب : « تأذن » .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها ، من كتاب النكاح ، وفى : باب فى النكاح ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٧ / ٢٣ ، ٩ / ٣٢ . ومسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٦ ، ١٠٣٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٢ . والنسائى ، فى : باب إذن البكر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى استئمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٣ . وابن ماجه ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والدارمى ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٥٠ ، ٢٧٩ ، ٤٢٥ ، ٤٣٤ .

(٧) فى الأصل زيادة : « فى سننه » .

(٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٧٩ .

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) سقط من : ا ، ب .

(١١) فى الأصل ، ا : « تستأمر » .

(١٢-١٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

أبو داودَ[١٣] . فلما قَسَمَ النِّساءَ قِسْمَيْنِ ، وأَثْبَتَ الحَقَّ لأَحَدِهِما ، دَلَّ على نَفْيِه عن الآخرِ ، وهى[١٤] البِكْرُ ، فيكون وَلِيُّها أَحَقَّ منها بها ، ودلَّ الحديثُ على أنَّ[١٥] الاسْتِئْمارَ هٰهُنا ، والاسْتِئْذانَ فى حَدِيثِهم مُسْتَحَبٌّ ، ليس بواجِبٍ ، لما[١٦] رَوَى ابنُ عمرَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « آمِرُوا النِّساءَ فى بَناتِهِنَّ » . رواه أبو داودَ[١٧] . وحديثُ التى خيَّرها رسولُ اللهِ ﷺ مُرْسَلٌ ، ويَحْتَمِلُ أنَّها التى زَوَّجَها أبُوها من ابنِ أخِيه ليَرْفَعَ بها خَسِيسَتَه[١٨] ، فتَخْيِيرُها لذلك ، ولأنَّ ما لا يُشْتَرَطُ فى نِكاحِ[١٩] الصغيرةِ لا يُشْتَرطُ فى نِكاحِ الكبيرةِ ، كالنُّطْقِ . وقول الخِرَقِىِّ : « فوَضَعَها فى كفاءَةٍ » يَدُلُّ على أنَّه إذا زَوَّجَها من غيرِ كُفْءٍ ، فنِكاحُها باطِلٌ . وهو إحْدَى الرِّوايَتَيْنِ عن أحمدَ ، وأحدُ قولَى الشافعىِّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له تَزْوِيجُها من غيرِ كُفْءٍ ، فلم يَصِحَّ . كسائرِ الأنْكِحةِ المُحَرَّمةِ ، ولأنَّه عَقَدَ لمُوَلِّيَتِه عَقْدًا لا حَظَّ لها فيه بغيرِ إذْنِها ، فلم يَصِحَّ ، كبَيْعِه عَقارَها

---

(١٣) أخرجه مسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٧ . وأبو داود ، فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٤ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب فى النكاح . من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٩ / ٣٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى استئمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٥ . والنسائى ، فى : باب استئذان البكر فى نفسها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٦٩ . وابن ماجه ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠١ . والدارمى ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٨ . والإمام مالك ، فى : باب استئذان البكر والأيم فى أنفسهما ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٢٤ ، ٥٢٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢١٩ ، ٢٤٢ ، ٢٦١ ، ٢٧٤ ، ٣٤٥ ، ٣٥٥ ، ٣٦٢ .

(١٤) فى الأصل ، ب : « وهو » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) فى م : « كما » .

(١٧) بعد هذا فى م زيادة : « وحديث أبى داود » . والحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٤ .

(١٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٧٩ .

(١٩) فى ا ، م : « النكاح » .

من غير غبْطَةٍ ولا حاجةٍ ، أو بَيْعِه بدونِ ثَمَنِ مِثْلِه[٢٠] ، ولأنَّه نائبٌ عنها شَرْعًا ، فلم يَصِحَّ تَصرُّفُه لها شرعًا[٢١] بما لا حَظَّ لها فيه ، كالوَكِيلِ . والثانية ، يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَيْبٌ فى المَعْقُودِ عليه ، فلم يَمْنَع الصِّحَّةَ ، كشِراءِ / المَعِيبِ الذى لا يُعْلَمُ عَيْبُه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ النِّكاحُ ، إذا عَلِمَ أنَّ الزَّوْجَ ليس بكُفْءٍ ، ويصحُّ إذا لم يَعْلَمْ ؛ لأنَّه إذا عَلِمَ حَرُمَ عليه العَقْدُ ، فبَطَلَ لتَحْرِيمِه ، بخلافِ ما لم يَعْلَمْه ، كما إذا[٢٢] اشْتَرَى لها مَعِيبًا يَعْلَمُ عَيْبَه . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ نِكاحُ الكبيرةِ ؛ لأنَّه يُمْكِنُ اسْتِدراكُ الضَّرَرِ ، بإثباتِ الخِيَارِ لها ، فتَفْسَخُ إن كَرِهَتْ ، وإن لم تَفْسَخْ كان كإجَازَتِها وإذْنِها ، بخلافِ نِكاحِ الصَّغيرةِ . وعلى[٢٣] القولِ بصِحَّتِه ؛ فإن كانت كبيرةً ، فلها الخيارُ ، ولا خِيارَ لأبِيها إذا كان عالِمًا ؛ لأنَّه أسْقَطَ حَقَّه برِضَاه ، وإن كانت صغيرةً ، فعليه الفَسْخُ ، ولا يَسْقُطُ برِضَاه ؛ لأنَّه يَفْسَخُه[٢٤] لِحَظِّها ، وحَقُّها لا يَسْقُطُ برِضَاه . ويَحْتَمِلُ أن لا يكونَ له الفَسْخُ ، ولكن يَمْنَعُ الدُّخولَ عليها حتى تَبْلُغَ فتَخْتارَ . وإن كان لها وَلِىٌّ غيرَ الأبِ ، فلها الفَسخُ على ما مَضَى . وعلى كِلْتا الرِّوايتَيْن ، فلا يَحِلُّ له تَزْوِيجُها[٢٥] من غير كُفْءٍ ، ولا من مَعِيبٍ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى أقامَه مُقامَها ، ناظِرًا لها فيما فيه الحَظُّ ، ومُتَصَرِّفًا[٢٦] لها ، [٢٧] لعَجْزِها عن التَّصرُّفِ فى نَفْسِها ، فلا يجوزُ له فِعْلُ ما لا حَظَّ لها[٢٧] فيه ، كما فى مالِها ، ولأنَّه إذا حَرُمَ عليه التَّصرُّفُ فى مالِها بما لا حَظَّ فيه ، ففى نَفْسِها أوْلَى .

١٩/٧ ظ

---

(٢٠) فى ب : « المثل » .

(٢١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٢) فى م : « لو » .

(٢٣) فى ا ، م : « على » .

(٢٤) فى م : « يفسخ » .

(٢٥) فى الأصل ، ا ، ب : « أن يزوج » .

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧–٢٧) سقط من : م .

١١١٩ – مسألة ؛ قال : (وَلَيسَ هٰذَا لِغَيرِ الأَبِ)

يعنى ليس لغيرِ الأبِ إجْبارُ كبيرةٍ ، ولا تزويجُ صغيرةٍ ، جَدًّا كان أو غيرَه . وبهذا قال مالكٌ ، وأبو عُبَيْدٍ ، والثَّورِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى . وبه قال الشافعىُّ ، إلَّا فى الجَدِّ ، فإنَّه جَعَلَه كالأبِ ؛ لأنَّ وِلايَتَه وِلايةُ إيلادٍ ، فمَلَكَ إجْبارَها[1] كالأبِ . وقال الحسنُ ، وعمرُ ابن عبد العزيزِ ، وعطاءٌ ، وطاوُسٌ ، وقتادةُ ، [2]وابنُ شُبْرُمَةَ[2] ، والأوْزاعىُّ ، وأبو حنيفةَ : لغيرِ الأبِ تَزْويجُ الصغيرةِ ، ولها الخِيَارُ إذا بَلَغَتْ . وقال هؤلاء غيرَ أبى حنيفةَ : إذا زَوَّجَ الصغيرَيْنِ غيرُ الأبِ ، فلهما الخيارُ إذا بَلَغَا . قال أبو الخَطَّابِ : وقد نَقَلَ عبدُ اللهِ ، عن أبيه ، كقولِ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[3] . فمَفْهُومُه أنَّه إذا لم يَخَفْ ، فله تَزْويجُ اليَتِيمةِ ، واليتيمُ[4] مَنْ لم يَبْلُغْ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « لَا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلَامٍ »[5] . قال عُرْوةُ : سألتُ عائشةَ عن قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾ . فقالت : يا ابنَ أُخْتِى ، هذه اليَتِيمةُ تكونُ فى حِجْرِ وَلِيِّها ، فيَشْرَكُها[6] فى مالِها ، ويُعْجِبُه مالُها وجَمالُها[7] ، فيُرِيدُ أن يَتَزَوَّجَها بغيرِ أن يُقْسِطَ فى صَدَاقِها ، فيُعْطِيَها مِثْلَ ما يُعْطِيها غيرُه ، فنُهُوا عن نِكاحِهِنَّ إلَّا أن يُقْسِطُوا فيهنَّ ، ويَبْلُغُوا أعْلَى سُنَّتِهِنَّ فى الصَّدَاقِ . مُتَّفَقٌ عليه[8] . / ولأنَّه وَلِىٌّ فى النِّكاحِ ، فمَلَكَ التَّزْويجَ كالأبِ . ولَنا ، قولُ ٢٠/٧و

(١) فى الأصل ، ب : « الإجبار » .

(٢ – ٢) فى الأصل : « وابن سيرين » .

(٣) سورة النساء ٣ .

(٤) فى الأصل ، ب : « واليتيمة » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٩٦ .

(٦) فى ا ، ب ، م : « ويشركها » .

(٧) فى الأصل : « أو جمالها » .

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب شركة اليتيم وأهل الميراث ، من كتاب الشركة ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ... ﴾ . من كتاب الوصايا ، وفى : باب : ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب الترغيب فى النكاح ، وباب الأكفاء فى المال وتزويج المقل المثرية ، وباب لا =

النَّبِيِّ ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فى نَفسِهَا ، فَإِنْ[9] سكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُها ، وإنْ أَبَتْ ، فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا » . رواه أبو داودَ ، والنَّسائيُّ[10] . وروَى[11] ابنُ عمرَ ، أن قُدامةَ بن مَظْعُونٍ زَوَّجَ ابنَ عمرَ ابْنةَ أخيه عثمانَ ، فَرُفِعَ ذلك إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فقال : « إِنَّها يَتِيمةٌ ، ولَا[12] تُنْكَحُ إِلَّا بإِذْنِهَا »[13] . واليتيمةُ : الصغيرةُ التى مات أبوها . ولأنَّ غيرَ الأبِ قاصرُ الشَّفقةِ ، فلا يَلِى نِكاحَ صَغِيرَةٍ[14] ، كالأجنبىِّ ، وغيرُ الجَدِّ لا يلى مالَها ، فلا يَسْتَبِدُّ بنكاحِها ، كالأجنبىِّ . ولأنَّ الجَدَّ يُدْلِى[15] بولايةِ غيرِه ، فأشْبَهَ سائرَ العَصَباتِ ، وفارَقَ الأبَ ، فإنَّه يُدْلِى بغيرِ واسطةٍ ، ويُسْقِطُ الإخوةَ والجَدَّ ، ويَحْجُبُ الأُمَّ عن ثُلُثِ المالِ إلى ثُلُثِ الباقى فى زَوْجٍ وأبوَيْنِ أو زَوْجةٍ وأبوَيْنِ . والآيةُ محمولةٌ على البالغةِ بِدَلِيلِ قولِ

= يتزوج أكثر من أربع .... ، وباب إذا كان الولى هو الخاطب .... ، وباب تزويج اليتيمة ... ، من كتاب النكاح ، وفى : باب ما ينهى من الاحتيال للولى فى اليتيمة ... ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٣ / ١٨٣ ، ٤ / ١١ ، ٦ / ٥٣ ، ٥٤ ، ٧ / ٣ ، ١٠ ، ١١ ، ٢١ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٩ / ٣١ . ومسلم ، فى : كتاب التفسير ، صحيح مسلم ٤ / ٢٣١٣ ، ٢٣١٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٧ . والنسائى ، فى : باب القسط فى الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٥ .

(٩) فى ب ، م : « وإن » .

(١٠) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٣ . والنسائى ، فى : باب استئذان البكر فى نفسها ، وباب البكر يزوجها أبوها وهى كارهة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٦٩ ، ٧٢ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٩ . والدارمى ، فى : باب فى اليتيمة تزوج نفسها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٦١ ، ٢ / ٣٣٤ ، ٢٥٩ ، ٤٧٥ ، ٤ / ٣٩٤ ، ٤٠٨ ، ٤١١ .

(١١) فى م زيادة : « عن » .

(١٢) فى الأصل : « فلا » .

(١٣) أخرجه الحاكم ، فى : باب لا تنكحوا النساء حتى تستأمروهن ، من كتاب النكاح . المستدرك ٢ / ١٦٧ . والدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٣٠ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى إنكاح اليتيمة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٠ ، ١٢١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٣٠ .

(١٤) فى م : « الصغيرة » .

(١٥) فى م : « يلى » .

اللهُ تعالى : ﴿ تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ ﴾[١٦] . وإنَّما يُدْفَعُ إلى الكبيرةِ ، أو نَحْمِلُها على بنتِ تِسْعٍ .

فصل : وإذا بَلَغتِ الجاريةُ تِسْعَ سِنِينَ ، ففيها روايتان ؛ إحْداهما ، أنَّها كمَن لم تَبْلُغْ تِسْعًا ، نَصَّ عليه فى روايةِ الأثْرَمِ . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ ، وسائرِ الفُقَهاءِ . قالوا : حُكْمُ بِنْتِ تِسعِ سِنِينَ[١٧] ، حُكْمُ بنتِ ثَمانٍ ؛ لأنَّها غيرُ بالغةٍ ، ولأنَّ إذْنَها لا يُعْتَبرُ فى سائرِ التَّصرُّفاتِ[١٨] ، فكذلك فى النِّكاحِ . والرِّوايةُ الثانيةُ ، حُكْمُها حكمُ البالغةِ . نَصَّ عليه فى روايةِ ابن مَنْصورٍ ؛ لمَفْهُومِ الآيةِ ، ودَلالةِ الخَبَرَيْن[١٩] بعُمُومِهما ، على أنَّ اليَتيمةَ تُنْكَحُ بإذْنِها ، وإن أبَتْ فلا جَوازَ عليها ، وقد انْتَفَى[٢٠] به الإذْنُ فى مَن دُونَها ، فيَجِبُ حَمْلُه على مَنْ بَلَغَتْ تِسْعًا . وقد رَوَى الإمامُ أحمدُ[٢١] ، بإسْنادِه عن عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنها قالتْ : إذا بَلَغتِ الجاريةُ تِسْعَ سِنِينَ فهى امْرأةٌ. ورَواه القاضى ، بإسْنادِه عن ابن عمرَ ، عن النبىِّ ﷺ. ومَعْناه[٢٢]: فى حُكْمِ المرأةِ . ولأنَّها بَلَغتْ سِنًّا يُمْكِنُ فيه حَيْضُها ، ويَحْدُثُ لها حاجةٌ إلى النِّكاحِ ، فيُباحُ تَزْويجُها كالبالغةِ . فعلى هذا إذا زُوِّجَتْ ثم بَلَغَتْ ، لم يَكُنْ لها خيارٌ ، كالبالغةِ إذا زُوِّجَتْ . وقد خَطَبَ عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أُمَّ كُلثومٍ ابْنةَ أبى بكرٍ بعدَ مَوْتِه إلى عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، فأجابَتْه ، وهى لِدُونِ عَشْرٍ ، لأنَّها إنَّما وُلِدَتْ بعد مَوْتِ أبيها ، وإنَّما كانت وِلايةُ عمرَ عَشْرًا ، فكَرِهَتْه الجاريةُ ، فتزَوَّجَها طَلْحةُ بن عُبَيْدِ

---

(١٦) سورة النساء ١٢٧ .

(١٧) سقط من : ب .

(١٨) فى الأصل : « الصفات » .

(١٩) فى م : « الخبر » .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ا .

(٢١) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٩ . ولعل الإمام أحمد رواه فى غير المسند .

(٢٢) فى م : « بمعناه » .

اللهِ[٢٣] ، ولم يُنْكِرْه مُنْكِرٌ ، فدَلَّ على اتِّفاقِهم على صِحَّةِ تَزْوِيجِها قبلَ بُلُوغِها بوِلايةِ غيرِ أبِيها . والله أعلم .

١١٢٠ – مسألة ؛ قال : (ولَوِ اسْتأذَنَ الْبِكْرَ الْبَالِغَةَ وَالِدُهَا ، كَانَ حَسَنًا)

لا نعلمُ خلافًا فى / اسْتِحبابِ اسْتِئْذانِها ، فإنَّ النَّبىَّ ﷺ قد أمَرَ به ، ونَهَى عن النِّكاحِ بدُونِه ، وأقَلُّ أحْوالِ ذلك الاسْتِحبابُ ، ولأنَّ فيه تَطْيِيبَ قَلْبِها ، وخُرُوجًا من الخِلافِ . وقالت عائشةُ : سألْتُ رسولَ الله ﷺ عن الجارِيةِ يَنْكِحُها أهْلُها ، أتُسْتَأْمَرُ أم لا ؟ فقال لها رسولُ الله ﷺ : « نَعَمْ ، تُسْتَأْمَرُ » . وقال : « اسْتَأْمِرُوا النِّسَاءَ فِى أبْضَاعِهِنَّ ؛ فَإنَّ البِكْرَ تَسْتَحِى ، فتَسْكُتُ ، فَهُوَ إذْنُها » . مُتَّفَقٌ عليهما[١] . ورُوِىَ عن عَطاءٍ ، قال : كان النبىُّ ﷺ يَسْتَأْمِرُ بناتِه إذا أنْكَحَهُنَّ . قال : كان يَجْلِسُ عند خِدْرِ المَخْطُوبةِ ، فيقولُ : « إنَّ فُلانًا يَذْكُرُ فُلانَةَ » . فإن حَرَّكَتِ الخِدْرَ لم يُزَوِّجْها ، وإن سَكَتَتْ زَوَّجَها[٢] . ٧/٢٠ ظ

فصل : ويُسْتَحَبُّ اسْتِئْذانُ المرأةِ فى تَزْويجِ ابْنَتِها ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « آمِرُوا النِّسَاءَ فِى بَناتِهِنَّ »[٣] . ولأنَّها تُشارِكُه فى النَّظَرِ لِابْنَتِها ، وتَحْصِيلِ المصلحةِ لها ، لِشَفَقَتِها عليها ، وفى اسْتِئْذانِها تَطْيِيبُ قَلْبِها[٤] ، وإرْضاءٌ لها فتكون أَوْلَى .

---

(٢٣) أورده أبو نعيم ، فى ذكر أخبار أصبهان ٢ / ٢٧٣ .

(١) أخرجهما البخارى ، فى : باب لا يجوز نكاح المكره ، من كتاب الإكراه . صحيح البخارى ٩ / ٢٦ ، ٢٧ . ومسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٧ .

كما أخرج الأول الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ١٦٥ . والثانى النسائى ، فى : باب إذن البكر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤٥ ، ٢٠٣ .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٧٨ عن عائشة . وعبد الرزاق ، فى : باب استئمار النساء فى أبضاعهن ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٤٤ . باختلاف يسير فى لفظه ، ومن رواية ابن أبى كثير بلفظه فى ٦ / ١٤١ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٠ .

(٤) فى الأصل : « لقلبها » .

١١٢١ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ الثَّيِّبَ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ ، وإِنْ رَضِيَتْ بَعْدُ)

وجملةُ ذلك أنَّ (١ الثَّيِّبَ تَنقَسِمُ ١) قِسْمَيْنِ ؛ كبيرةً ، وصغيرةً ، فأمَّا الكبيرةُ ، فلا يجوزُ للأبِ (٢ ولا لغَيْرِهِ ٢) تَزْوِيجُها إلَّا(٣) بإِذْنِها ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا الحَسَنَ قال : له تَزْوِيجُها وإن كَرِهَتْ . والنَّخَعِىُّ قال : يُزَوِّجُ بِنْتَه إذا كانت فى عِيالِه ، فإن كانتْ بائِنةً فى بَيْتِها مع عِيالِها اسْتَأْمَرَها . قال إسماعيلُ بن إسْحاقَ : لا أعْلَمُ أحدًا قال فى البِنْتِ بقول الحَسَنِ ، وهو قولٌ شاذٌّ ، خالَفَ فيه أهلَ العِلْمِ والسُّنَّةَ الثَّابِتَةَ(٤) ، فإنَّ الخَنْساءَ ابنةَ خِذامٍ(٥) الأنْصارِيَّةَ ، رَوَتْ أنَّ أباها زَوَّجَها وهى ثَيِّبٌ ، فكَرِهَتْ ذلك ، فأتَتْ رسولَ اللهِ ﷺ ، فرَدَّ نِكَاحَه . رواه البُخارِىُّ ، والأئمةُ كلُّهم(٦) . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا الحديثُ مُجْمَعٌ(٧) على صِحَّتِه ، والقولِ به ، لا نَعْلَمُ مُخالِفًا له إلَّا الحَسَنَ ، وكانت الخَنْساءُ من أهلِ قُباءَ ، وكانت تحت أُنَيْسِ بن قَتادةَ ، فقُتِلَ عنها يوم أُحُد ، فزَوَّجَها أبُوها رَجُلًا من بنى عَمْرِو بن عَوْفٍ ، فكَرِهَتْه ، وشَكَتْ ذلك إلى رسولِ الله ﷺ ، فرَدَّ نِكاحَها ، ونَكَحَتْ أبا لُبابةَ بن عبد المُنْذِرِ . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ

(١ – ١) فى م : « البنت تقسم » .

(٢ – ٢) فى ا ، م : « ولغيره » .

(٣) فى الأصل : « بغير » .

(٤) سقط من : م .

(٥) ويروى « خدام » . انظر : عون المعبود شرح سنن أبى داود ٢ / ١٩٧ .

(٦) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يجوز نكاح المكره ... ، من كتاب الإكراه . صحيح البخارى ٩ / ٢٦ . وأبو داود ، فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٤ . وابن ماجه ، فى : باب من زوج ابنته وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والدارمى ، فى : باب الثيب يزوجها أبوها وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٩ . والإمام مالك ، فى : باب جامع مالا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٧) فى الأصل : « مجتمع » .

قال : « لا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُستَأْمَرَ » . مُتَّفَقٌ عليه[8] . وقال : « الْأَيِّمُ أحَقُّ بنفسِها مِنْ وَلِيِّهَا »[8] . ورَوَى ابنُ عباسٍ ، رَضِىَ الله عنه ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، قال : « لَيْسَ لِلْوَلِىِّ مَعَ الثَّيِّبِ أمْرٌ » . رَواهما النَّسائِىُّ وأبو دَاودَ[9] . / ولأنَّها رَشِيدةٌ عالمةٌ بالمَقْصودِ من النِّكاحِ مُخْتَبِرةٌ، فلم يَجُزْ إجْبارُها عليه، كالرَّجُلِ. القسم الثانى، الثَّيِّبُ الصغيرةُ، [10]وفى تَزْوِيجِها[10] وَجْهان؛ أحدهما، لا يجوزُ تَزْوِيجُها، وهو ظاهرُ قولِ الْخِرَقِىِّ. واخْتِيارُ[11] ابنِ حامدٍ ، وابنِ بَطَّةَ ، والقاضى ، ومَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لعُمُومِ الأخْبارِ ، ولأنَّ الإِجْبارَ يَخْتَلِفُ بالبَكارَةِ والثُّيوبةِ ، لا بالصِّغَرِ والكِبَرِ ، وهذه ثَيِّبٌ ، ولأنَّ فى تأْخِيرِها فائِدَةً ، وهو أن تَبْلُغَ فتخْتارَ لِنَفْسِها ويُعْتَبَرَ إذْنُها ، فوَجَبَ التَّأْخيرُ ، بخِلافِ البِكْرِ . الوَجْه الثانى ، أن لأَبِيها تَزْوِيجَها ، ولا يَسْتَأْمِرُها . اختاره أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ؛ لأنَّها صغيرةٌ ، فجاز إجْبارُها كالبِكْرِ والغُلامِ . يُحَقِّقُ ذلك أنَّها لا تَزِيدُ بالثُّيوبةِ على ما حصل للغُلامِ بالذُّكُوريَّةِ ، ثم الغُلامُ يُجْبَرُ إذا[12] كان صغيرًا ، فكذا هذه ، والأخبارُ محمولةٌ على الكبيرةِ ، فإنَّه جَعَلَها أحَقَّ بنَفْسِها[13] من وَلِيِّها ، والصغيرةُ لا حَقَّ لها . ويتَخَرَّجُ وَجْهٌ ثالثٌ ، وهو أنَّ ابْنةَ تِسْعِ سِنِينَ[13] يُزَوِّجُها وَلِيُّها بإذْنِها ، ومَنْ دُونَ ذلك ، على ما ذَكَرْنا من الخِلافِ ؛ لما ذكرنا فى البِكْرِ . والله أعلم .

21/7 و

١١٢٢ ــ مسألة ؛ قال : (وَإِذْنُ الثَّيِّبِ الْكَلَامُ ، وإذْنُ البِكْرِ الصُّمَاتُ)

أمَّا الثَّيِّبُ ، فلا نعلمُ بين أهلِ العلمِ خِلافًا فى أنَّ إذْنَها الكلامُ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ اللسانَ

---

(٨) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٠ .

(٩) أخرج الثانى أبو داود ، فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٤ . والنسائى ، فى : باب استئذان البكر فى نفسها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧٠ .

(١٠ - ١٠) فى ا ، ب ، م : « وفيها » .

(١١) فى م : « واختاره » .

(١٢) فى م : « إن » .

(١٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

هو المُعَبِّرُ عما فى القَلْبِ ، وهو المُعْتَبَرُ فى كلِّ موضعٍ يُعْتَبَرُ فيه الإِذْنُ ، غيرَ أشياءَ يَسِيرَةٍ أُقِيمَ فيها الصَّمْتُ مُقامَه لعارِضٍ . وأمَّا البِكْرُ فإذْنُها صُماتُها ، فى قولِ عامَّةِ[1] أهلِ العلمِ ، منهم ؛ شُرَيْحٌ ، والشَّعْبىُّ ، وإسْحاقُ[2] ، والنَّخَعِىُّ[3] ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأبو حنيفةَ . ولا فَرْقَ بين كَوْنِ الوَلِىِّ أبًا أو غيرَه . وقال أصْحابُ الشافعىِّ : فى صَمْتِها فى حَقِّ غيرِ الأبِ وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يكونُ إذْنًا ؛ [4]لأنَّ الصُّماتَ عَدَمُ الإِذْنِ ، فلا يكونُ إذْنًا[4] ، ولأنَّه مُحْتَمِلٌ للرِّضَى[5] والحياءِ وغيرِهما ، فلا يكونُ إذْنًا ، كما فى حَقِّ الثَّيِّبِ ، وإنَّما اكْتُفِىَ به فى حقِّ الأبِ ، لأنَّ رِضاءَها غيرُ مُعْتَبَرٍ . وهذا شُذُوذٌ عن أهلِ العلمِ ، وتَرْكٌ للسُّنَّةِ الصَّحيحةِ الصَّرِيحةِ ، يُصانُ الشافعىُّ عن إضافَتِه إليه ، وجَعْلِه مَذْهبًا له ، مع كَوْنِه مِنْ أَتْبَعِ النَّاسِ لِسُنَّةِ رسولِ اللهِ ﷺ ، ولا يُعَرِّجُ مُنْصِفٌ على هذا القولِ ، وقد تَقَدَّمَتْ رِوايَتُنا عن رسولِ اللهِ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » . فقالوا[6] : يا رسولَ / اللهِ ، فكيف إذْنُها؟ قال : «أَنْ تَسْكُتَ »[7] . وفى روايةٍ عن عائشةَ ، أنَّها قالتْ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ البِكْرَ تَسْتَحِى . قال : « رِضَاهَا صُمَاتُهَا »[8] . مُتَّفَقٌ عليه[9] . وفى روايةٍ : « واليَتِيمةُ تُسْتَأْمَرُ ، فصَمْتُها إقْرارُها » . رواه النَّسائىُّ . وفى روايةٍ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِى نَفْسِهَا ، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا »[10] . وهذا صريحٌ فى غير

٢١/٧ ظ

(١) سقط من : ب ، م .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) سقط من : ا .
(٤ – ٤) سقط من : الأصل . نقل نظر .
(٥) فى ا ، ب ، م : « الرضى » .
(٦) فى ا ، ب ، م : « فقال » .
(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٠ .
(٨) فى الأصل ، ا ، ب : « صمتها » .
(٩) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٥ .
(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٠٣ .

ذاتِ الأبِ . وروَى الأثرمُ ، عن عَدِيٍّ الكِنْدِيِّ ، عن رسولِ الله ﷺ ، أنَّه قال : « الثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا ، والْبِكْرُ رِضَاها صَمْتُها(١١) »(١٢) . والأخبارُ في هذا كثيرةٌ . ولأنَّ الحَياءَ عُقْلَةٌ على لِسَانِها ، يَمْنَعُها النُّطْقَ بالإِذْنِ ، ولا تَسْتَحِي من إبَائِها وامْتِناعِها ، فإذا سَكَتَتْ غَلَبَ على الظَّنِّ أنَّه لِرِضَاها ، فاكْتُفِيَ به . وما ذكَرُوه (١٣) يُفضِي إلى (١٣) أن لا يكونَ صُماتُها(١٤) إذْنًا في حَقِّ الأبِ أيضا ؛ لأنَّهم جَعَلُوا وُجودَه كعَدَمِه ، فيكونُ إذًا رَدًّا على النبيِّ ﷺ بالكُلِّيَّةِ ، واطِّراحًا للأخبارِ الصَّرِيحةِ الجَلِيَّةِ(١٥) ، وخَرْقًا لإجْماعِ الأُمَّةِ الْمَرْضِيَّةِ .

فصل : فإن نَطَقتْ بالإِذْنِ ، فهو أَبْلَغُ وأتَمُّ في الإِذْنِ من صَمْتِها ، وإن بَكَتْ أو ضَحِكَتْ ، فهو بمَنْزِلةِ سُكُوتِها . وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ : إن بَكَتْ فليس بإِذْنٍ ؛ لأنَّه يَدُلُّ على الكَراهةِ(١٦) ، وليس بصَمْتٍ ، فيَدْخُلُ في عُمُومِ الحديثِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو بكرٍ بإسْنادِه ، عن أبي هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ ، فَإِنْ بَكَتْ أو سَكَتَتْ فَهُوَ رِضَاهَا ، وإنْ أَبَتْ فَلَا جَوازَ عَلَيْها »(١٧) . ولأنَّها غيرُ(١٨) ناطِقةٍ بالامْتناعِ مع سَماعِها للاسْتِئذانِ ، فكان إذْنًا منها كالصُّماتِ أو الضَّحِكِ(١٩) . والبُكاءُ يَدُلُّ على فَرْطِ الحَياءِ ، لا على الكَراهةِ ، ولو كَرِهَتْ لَامْتَنعتْ ، فإنَّها لا تَسْتَحِي

---

(١١) في الأصل ، م : « صماتها » .

(١٢) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والبيهقي ، في : باب إذن البكر الصمت ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١٩٢ .

(١٣-١٣) في الأصل : « يقتضى » .

(١٤) في ا ، ب : « صمتها » .

(١٥) في م : « الجليلة » .

(١٦) في ا ، م : « الكراهية » .

(١٧) تقدم تخريجه في صفحة ٤٠٣ .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) في م : « والضحك » .

من الامْتناع ، والحديثُ يَدُلُّ بصَرِيحِهِ[٢٠] على أنَّ هذا[٢١] الصَّمْتَ إذْنٌ ، وبمَعْناه على ما في مَعْناه من الضَّحِكِ والبُكاءِ ، وكذلك أقَمْنا الضَّحِكَ مُقامَه .

فصل : والثَّيِّبُ المُعْتَبَرُ نُطْقُها ، هي المَوْطُوءةُ في القُبُلِ ، سواءٌ كان الوَطْءُ حلالًا أو حَرامًا . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ ، في المُصابةِ بالفُجُورِ : حُكْمُها حكمُ البِكْرِ في إذْنِها وتَزْوِيجِها ؛ لأنَّ عِلَّةَ الاكْتِفاءِ بصُماتِ البِكْرِ الحياءُ ، والحياءُ من الشيءِ لا يَزُولُ إلَّا بمُباشَرَتِه ، وهذه لم تُباشِرْ الإذْنَ[٢٢] في النِّكاحِ ، فيَبْقَى[٢٣] حياؤُها منه بحالِه . ولَنا ، قولُه ﷺ : « الثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِها »[٢٤] . ولأنَّ قولَه ﷺ : « لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ ، وإذْنُها أنْ تَسْكُتَ »[٢٥] . يَدُلُّ على أنَّه لابُدَّ / من نُطْقِ الثَّيِّبِ ؛ لأنَّه قَسَمَ النِّساءَ قِسْمَيْنِ ، فجَعَلَ السُّكوتَ إذْنًا لأحدِهما ، فوَجَبَ أن يكونَ الآخَرُ بخِلافِه[٢٦] وهذه ثَيِّبٌ ، فإنَّ الثَّيِّبَ هي[٢٧] المَوْطوءةُ في القُبُلِ ، وهذه كذلك . ولأنَّه لو أَوْصَى لِثَيِّبِ النِّساءِ دَخَلت في الوَصِيَّةِ ، ولو أَوْصَى للأبْكارِ لم تَدْخُلْ ، ولو اشْتَرطَها في التَّزْويجِ أو الشِّراءِ بِكْرًا فوَجَدَها مُصابةً بالزِّنَا ، مَلَكَ الفَسْخَ ، ولأنَّها مَوْطوءةٌ في القُبُلِ ، فأشْبَهتِ المَوْطُوءةَ بشُبْهةٍ ، والتعليلُ بالحياءِ غيرُ صحيحٍ ، فإنَّه أمْرٌ خَفِيٌّ لا يُمْكِنُ اعتبارُهُ بنَفْسِه ، وإنَّما يُعْتَبَرُ بمَظِنَّتِه ، وهي البَكارةُ ، ثم هذا التَّعْليلُ يُفْضِي إلى إبْطالِ مَنْطوقِ الحديثِ ، فيكونُ باطلًا في نَفْسِه ، ولا فَرْقَ بين المُكْرَهةِ والمُطاوِعةِ ، وعلى هذا ليس لأَبِيها[٢٨] إجبارُها إذا كانت

٢٢/٧ و

---

(٢٠) في الأصل : « بتصريحه » .

(٢١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢٢) في م : « بالإذن » .

(٢٣) في الأصل : « فبقى » .

(٢٤) في ا زيادة : « وهذه ثيب » .

(٢٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٩ .

(٢٦) في م : « بحاله » .

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) في م : « لنا » .

بالغةً ، وفى تَزْويجِها إن كانت صغيرةً وجهان . وقولُهم : إنَّها لم تُباشِرِ الإِذْنَ . قُلْنا : يَبْطُلُ بالمَوْطوءةِ بشُبْهةٍ ، أو فى مِلْكِ يَمِينٍ ، والمُزَوَّجةِ وهى صغيرةٌ .

فصل : وإن ذَهَبت عُذْرَتُها بغيرِ جماعٍ ، كالوَثْبةِ ، أو شِدَّةِ حَيْضةٍ ، أو بإصْبَعٍ أو عُودٍ أو نحوِه[29] ، فحُكْمُها حكمُ الأبْكارِ . ذكره ابنُ حامدٍ ؛ لأنَّها لم تَخْتَبِرِ المقصودَ ، ولا وُجِدَ وَطْؤُها فى القُبُلِ ، فأشْبهتْ مَنْ لم تَزُلْ عُذْرَتُها . ولو وُطِئَتْ فى الدُّبُرِ لم تَصِرْ ثَيِّبًا ، ولا حُكْمُها حُكْمُهنَّ ؛ لأنَّها غيرُ مَوْطُوءةٍ فى القُبُلِ .

فصل : إذا اخْتلَفَ الزَّوْجُ والمرأةُ فى إذْنِها لِوَلِيِّها[30] فى تَزْوِيجِها قبلَ الدُّخولِ ، فالقولُ قولُها ، فى قولِ أكثرِ الفقهاءِ . وقال زُفَرُ فى الثَّيِّبِ كقولِ أهلِ العلمِ ، وفى البِكْرِ : القولُ قولُ الزَّوْجِ ؛ لأنَّ الأصلَ السُّكوتُ ، والكلامُ حادِثٌ والزَّوْجُ[31] يَدَّعِى الأصلَ ، فالقولُ قولُه . ولَنا ، أنَّها مُنْكِرةٌ الإذنَ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ ، ولأنَّه يَدَّعِى أنَّها اسْتُؤْذِنَتْ وسَمِعَتْ فصَمَتتْ ، والأصلُ عدمُ ذلك ، وهذا جوابٌ عن[32] قولِه [33]إنَّ الأصلَ معه[33] . وإن اخْتلَفَا بعدَ الدُّخولِ ، فقال القاضى : القولُ قولُ الزَّوْجِ ؛ لأنَّ التَّمْكينَ من الوَطْءِ دليلٌ على الإذْنِ وصِحَّةِ النكاحِ ، فكان الظاهرُ معه . وهل تُسْتَحْلَفُ المرأةُ إذا قُلْنا : القولُ قولُها ؟ قال القاضى : قياسُ المَذْهبِ أنَّه لا يَمِينَ عليها ، كما لو ادَّعَى زَوْجِيَّتَها[34] فأنْكَرَتْه . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ : تُسْتَحْلَفُ . فإن نَكَلَتْ ، فقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : يَثْبُتُ النِّكاحُ . وقال الشافعىُّ : يُسْتَحْلَفُ الزَّوْجُ ، ويَثْبُتُ النِّكاحُ . ولَنا ، أنَّه اختلافٌ فى زَوْجِيَّةٍ ، فلا يَثْبُتُ بالنُّكولِ ، ولا يَحْلِفُ المُدَّعِى معه ، كما لو ادَّعَى الزَّوْجُ أصْلَ التَّزْوِيجِ فأنكَرَتْه / ، فإن ٢٢/٧ ظ

---

(٢٩) فى م : « ونحوه » .

(٣٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣١) فى الأصل ، ا ، م : « فالزوج » .

(٣٢) فى م : « على » .

(٣٣ - ٣٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٤) فى م : « أنه زوجها » .

كانت المرأةُ ادَّعَتْ أنَّها أَذِنَتْ فأنكرَ وَرَثةُ الزَّوْجِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّه اخْتلافٌ فى أمرٍ يَخْتَصُّ[٣٥] بها ، صادرٌ من جِهَتِها ، فالقولُ قَوْلُها فيه ، كما لو اخْتَلَفُوا فى نِيَّتِها فيما تُعْتَبَرُ فيه نِيَّتُها ، ولأنَّها تَدَّعِى صِحَّةَ العَقْدِ ، وهم يَدَّعُونَ فَسادَه ، فالظَّاهرُ معها .

فصل : فى المَجْنُونةِ ، إن كانت مِمَّنْ تُجْبَرُ لو كانت عاقلةً ، جاز تَزْوِيجُها لمن يَمْلِكُ إجْبارَها ؛ لأنَّه إذا مَلَكَ إجْبارَها مع عَقْلِها وامْتِناعِها ، فمع عَدَمِه أَوْلَى . وإن كانت ممَّن لا يُجْبَرُ ، انْقَسمتْ ثلاثةَ أقسامٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ وَلِيُّها الأبَ أو وَصِيَّه ، كالثَّيِّبِ الكبيرةِ ، فهذه يجوزُ لوَلِيِّها تَزْوِيجُها . ذكره القاضى . وهو ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه جَعَلَ للأبِ تزويجَ المَعْتُوهِ ، فالمرأةُ أَوْلَى . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ . ومَنَعَ منه أبو بكرٍ ؛ لأنَّها وِلايةُ إجْبارٍ ، وليس على الثَّيِّبِ وِلايةُ إجبارٍ . والأَوَّلُ أصَحُّ ؛ فإنَّ وِلايَةَ الإجْبارِ إنَّما انْتَفَتْ عن العاقلةِ لرَأْيِها ، لحُصُولِ[٣٦] المباشَرةِ منها[٣٧] والخِبْرةِ ، وهذه بخلافِ ذلك . وكذلك الحكمُ فى الثَّيِّبِ الصغيرةِ ، إذا قُلْنا بعَدَمِ الإجبارِ فى حَقِّها ، إذا كانت عاقلةً . القسم الثانى ، أن يكونَ وَلِيُّها الحاكمَ ، ففيها وَجْهان ؛ أحدهما ، ليس له تَزْويجُها بحالٍ ؛ لأنَّ هذه وِلايةُ إجْبارٍ ، فلا تَثْبُتُ لغيرِ الأبِ ، كحالِ[٣٨] عَقْلِها . والثانى ، له تزويجُها إذا ظَهَرَ منها شَهْوةُ الرِّجالِ ، كبيرةً كانتْ أو صغيرةً . وهو اختيارُ ابن حامدٍ ، وأبى الخَطَّابِ ، وقولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ بها حاجةً إليه لدَفْعِ ضَرَرِ الشَّهْوةِ عنها ، وصِيانَتِها عن الفُجُورِ ، وتَحْصِيلِ المَهْرِ والنَّفَقةِ ، والعَفافِ ، وصِيَانةِ العِرْضِ ، ولا سَبِيلَ إلى إذْنِها ، فأُبِيحَ تَزْوِيجُها ، كالثَّيِّبِ مع أبيها . وكذلك ينبغِى أن يَمْلِكَ تَزْوِيجَها إن قال أهلُ الطِّبِّ : إن عِلَّتَها تَزُولُ بتَزْوِيجِها[٣٩] ؛ لأنَّ ذلك من أعْظَمِ مصالِحها . وقال الشافعىُّ : لا يَمْلِكُ تَزْويجَ صغيرةٍ بحالٍ ، ويملكُ تَزْويجَ الكبيرةِ إذا قال أهْلُ الطِّبِّ إنَّ عِلَّتَها تزولُ بتَزْوِيجِها[٣٩] . ولَنا ، أنَّ المَعْنَى المُبِيحَ للتَّزْوِيجِ وُجِدَ فى حَقِّ

---

(٣٥) فى الأصل : « مختص » .

(٣٦) فى الأصل : « بحصول » .

(٣٧) فى ا : « فيها » .

(٣٨) فى م : « كحل » .

(٣٩) فى م : « بتزوجها » .

الصغيرةِ ، فأُبيحَ تَزْوِيجُها ، كالكبيرةِ إذا ظهرتْ منها شهوةُ الرِّجالِ ، ففى تَزْوِيجها مَصْلَحَتُها ودَفْعُ حاجَتِها ، فأشْبَهَ ما لو قال أهلُ الطبِّ إنَّه يُزِيلُ عِلَّتَها . وتُعْرَفُ شَهْوَتُها من كَلَامِها ، وقَرائِنِ أحْوالِها ، كتَتَبُّعِها للرِّجالِ ، ومَيْلِها إليهم ، وأشْباهِ ذلك . القسم الثالث ، مَنْ وَلِيُّها غيرُ الأَبِ والحاكِمِ . فقال القاضى : لا يُزَوِّجُها إلَّا[40] الحاكِمُ ، فيكونُ حُكْمُها حُكْمَ القِسْمِ الثانى ، على / ما بَيَّنَّاه . وقال أبو الخَطَّابِ : لهم تَزْوِيجُها فى الحالِ التى يَمْلِكُ الحاكِمُ تزويجَ مُوَلِّيَتِه فيها . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ وِلَايَتَهُم مُقَدَّمةٌ[41] على ولايةِ الحاكِمِ ، فقُدِّمُوا عليه فى التَّزْوِيجِ ، كما لو كانت عاقلةً . ووَجْهُ قولِ القاضى ، أنَّ الحاكِمَ هو النَّاظِرُ لها فى مالِها دُونَهم ، فيكونُ وَلِيًّا دُونَهم ، كتَزْوِيجِ أَمَتِها ، ولأنَّ هذا دَفْعُ حاجةٍ ظاهرةٍ ، فكانت إلى الحاكِمِ ، كدَفْعِ حاجةِ الجُوعِ والعُرْىِ . فإن كان لها وَصِىٌّ فى مالِها ، لم يَمْلِكْ[42] تَزْوِيجَها ؛ لأنَّه لا وِلايةَ له فى نِكَاحِها . والحكمُ فى تزويجِها حكمُ مَنْ وَلِيُّها غيرُ الأبِ والحاكِمِ ، على ما ذَكَرْنا .

٢٣/٧ و

١١٢٣ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا زَوَّجَ ابْنَتَهُ بِدُونِ صَدَاقِ مِثْلِهَا ، ثَبَتَ النِّكَاحُ بِالْمُسَمَّى . وإنْ فَعَلَ ذٰلِكَ غَيْرُ الْأَبِ ثَبَتَ النِّكَاحُ ، وكَانَ لَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا**)

وجملةُ ذلك أنَّ للأبِ تَزْوِيجَ ابْنَتِه بدُونِ صَداقِ مِثْلِها ، بكرًا كانت أو ثَيِّبًا ، صغيرةً كانت أو كبيرةً . وبهذا قال أبو حنيفةَ[1] ، ومالكٌ . وقال الشافعىُّ : ليس له ذلك ، فإن فعَل فلَها مَهْرُ مِثْلِها ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوضةٍ فلم يَجُزْ أن يَنْقُصَ فيه عن قِيمةِ المُعَوَّضِ[2] كالبَيْعِ ، ولأنَّه تَفْرِيطٌ فى مالِها ، وليس له ذلك . ولَنا ، أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، خَطَبَ

---

(٤٠) فى م : « غير » .

(٤١) فى ب : « متقدمة » .

(٤٢) فى م : « يتملك » .

(١) فى ب ، م : « أبو الخطاب » .

(٢) فى الأصل : « العوض » .

الناسَ فقال : أَلَا لَا تُغالُوا فى صَداقِ النِّساءِ ، فما أَصْدَقَ رسولُ اللهِ ﷺ أحدًا من نِسائِه ، ولا أحدًا من بَناتِه ، أكثرَ من اثْنَتَى عشرَةَ أُوقِيَّةً[3] . وكان ذلك بمَحْضَرٍ من الصَّحابةِ ، ولم يُنْكِرُوه ، فكان اتِّفاقًا منهم على أنَّ له أن يُزَوِّجَ بذلك وإن كان دونَ صَداقِ المِثْلِ . وزَوَّجَ سعيدُ بن المُسَيَّبِ ابْنَتَه بدِرْهَمَيْنِ ، وهو من ساداتِ قُرَيْشٍ ، شَرَفًا وعِلْمًا ودِينًا ، ومن المَعْلومِ أنَّه لم يكُنْ مَهْرَ مِثْلِها ، ولأنَّه ليس المقصودُ من النِّكاحِ العِوَضَ ، وإنَّما المقصودُ السَّكَنُ والازْدِواجُ ، ووَضْعُ المرأةِ فى مَنْصِبٍ عندَ مَنْ يَكْفُلُها[4] ، ويُصُونُها ، ويُحْسِنُ عِشْرَتَها ، والظاهرُ من الأبِ ، مع تمامِ شَفَقَتِه ، وبُلُوغِ نَظَرِه[5] ، أنَّه لا يَنْقُصُها من صَدَاقِها إلَّا لِتَحْصِيلِ المعانِى المَقْصُودةِ بالنِّكاحِ ، فلا يَنْبَغِى أن يُمْنَعَ من تَحْصِيلِ المَقْصودِ بتَفْوِيتِ غيرِه ، ويُفارِقُ سائرَ عُقُودِ المُعاوَضاتِ ، فإنَّ المقصودَ فيها العِوَضُ ، فلم يَجُزْ تَفْوِيتُه ، فأمَّا غيرُ الأبِ ، فليس له أن يَنْقُصَها من مَهْرِ مِثْلِها ، فإن زَوَّجَ بدون ذلك ، صَحَّ النِّكاحُ ؛ لأنَّ فَسادَ التَّسْمِيةِ وعَدَمَها[6] لا يُؤَثِّرُ فى النِّكاحِ ، ويكونُ لها مَهْرُ مِثْلِها ؛ لأنَّه قِيمَةُ بُضْعِها ، وليس للوَلِىِّ نَقْصُها منه ، فرَجَعَتْ إلى مهرِ المِثْلِ[7] . واللهُ أعلم .

٢٣/٧ ظ **فصل** : وتَمامُ المَهْرِ على الزَّوْجِ ؛ لأنَّ التَّسْمِيةَ / هٰهُنا فاسدةٌ ؛ لكَوْنِها غيرَ مَأْذُونٍ فيها شَرْعًا ، فوَجَبَ على الزَّوْجِ مَهْرُ المِثْلِ ، كما لو زَوَّجَها بمَحْرَمٍ . وعلى الوَلِىِّ ضَمانُه ؛ لأنَّه المُفَرِّطُ ، فكان عليه الضَّمانُ ، كما لو باع مالَها بدون ثَمَنِ مِثْلِه . قال

---

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٥ ، ٤٨٦ . وابن ماجه ، فى : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٧ . والدارمى ، فى : باب كم كانت مهور أزواج النبى ﷺ وبناته ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٠ ، ٤١ ، ٤٨ .

(٤) فى م : « يكفيها » .

(٥) فى م : « نظرته » .

(٦) فى الأصل : « وعدتها » .

(٧) فى م : « مثلها » .

أحمدُ : أخافُ أن يكونَ ضامِنًا . وليس الأبُ مثلَ الوَلِيِّ ، ولا تَمْلِكُ المرأةُ الفَسْخَ ؛ لأنَّه قد حَصَلَ لها وُجُوبُ مَهْرِ مِثْلِها . واللهُ أعلم .

١١٢٤ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ زَوَّجَ غُلَامًا غَيْرَ بَالِغٍ ، أو مَعْتُوهًا ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا أَنْ يُزَوِّجَهُ وَالِدُهُ ، أَوْ وَصِيٌّ نَاظِرٌ لَهُ فِي التَّزْوِيجِ)

الكلام فى هذه المسألة فى فصولٍ أربعة :

أحدها : أنَّه ليس لغيرِ الأبِ أو وَصِيِّه تزويجُ الغلامِ قبلَ بُلُوغِه . وقال القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » : للحاكمِ تَزْوِيجُه ؛ لأنَّه يَلِى مالَه . وقال الشافعىُّ : يَمْلِكُ وَلِىُّ الصَّبِىِّ تَزْوِيجَه ، لِيَأْلَفَ حِفْظَ فَرْجِه عند بُلُوغِه . وليس بسَدِيدٍ ؛ فإنَّ غيرَ الأبِ لا[1] يَمْلِكُ تَزْوِيجَ الجاريةِ الصغيرةِ ، فالغلامُ أَوْلَى . وفارَقَ الأبَ ووَصِيَّه ؛ فإنَّ لهما تَزْوِيجَ الصغيرةِ ، ووِلَايةَ الإِجْبارِ . وسواءٌ أَذِنَ الغُلامُ[2] فى تزويجِه أو لم يَأْذَنْ ، فإنَّه لا إِذْنَ له .

الفصل الثانى : أنَّ[3] المَعْتُوهَ ؛ وهو الزائِلُ العَقْلِ بجُنُونٍ مُطْبِقٍ ، ليس لغيرِ الأبِ وَوَصِيِّه تَزْوِيجُه . وهذا قولُ مالكٍ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابن حامدٍ : للحاكمِ تَزْوِيجُه إذا ظَهَرَ منه شَهْوَةُ النِّساءِ ، بأن يَتْبَعَهُنَّ ويُرِيدَهُنَّ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ ذلك من مَصالحِه ، وليس له حالٌ يُنْتَظَرُ فيها إِذْنُه . وقد ذَكَرْنا تَوْجِيهَ الوَجْهينِ فى تَزْوِيجِ المَجْنونةِ . وينبغى على هذا القولِ أن يَجُوزَ تَزْوِيجُه إذا قال أهلُ الطبِّ : إنَّ فى تَزْوِيجِه ذَهابَ عِلَّتِه . لأنَّه من أَعْظَمِ مَصالحِه . واللهُ أعلمُ .

الفصل الثالث : أنَّ للأبِ أو وَصِيِّه تزويجَهُما ، سواءٌ كان الغلامُ عاقلًا أو مجنونًا ، وسواءٌ كان الجُنُونُ مُسْتَدامًا أو طارِقًا ، فأمَّا الغلامُ السليمُ من الجُنُونِ ، فلا نعلمُ بين أهلِ العلمِ خلافًا فى أنَّ لأَبِيه تَزْوِيجَه ، كذلك قال ابنُ المُنْذِرِ . وممَّن هذا مَذْهَبُه الحسنُ ،

---

(١) فى ب : « لم » .
(٢) فى ا ، ب : « الحاكم » .
(٣) فى م : « فى » .

والزُّهْرِىُّ، وقَتادةُ ، ومالكٌ، والثَّوْرِىُّ، والأَوْزاعىُّ، وإسحاق ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ؛ لما رُوِىَ أنَّ ابنَ عمرَ زَوَّجَ ابْنَه وهو صغيرٌ ، فاخْتَصَما[4] إلى زَيْدٍ ، فأجازاه[5] جميعًا . روَاه الأثرمُ بإسْنادِهِ[6] . وأمَّا الغلامُ المَعْتُوهُ ، فلأَبِيه تَزْوِيجُه . وقال الشافعىُّ : لا يجوزُ ؛ لأنَّه يُلْزِمُه بالتَّزْوِيجِ[7] حُقُوقًا من المَهْرِ والنَّفَقةِ ، مع عَدَمِ حاجَتِه ، فلم يَجُزْ له ذلك ، كغيرِه من الأوْلياءِ . ولَنا ، أنَّه غيرُ بالغٍ ، فمَلَكَ أبوه تَزْوِيجَه ، كالعاقِلِ ، ولأنَّه إذا جازَ[8] تَزْوِيجُ العاقِلِ / ، مع أنَّ له عندَ[9] احْتياجِه إلى التَّزْوِيجِ رأْيًا ونَظَرًا لنَفْسِه ، فلأنْ يَجُوزَ تَزْوِيجُ مَن لا يُتَوَقَّع فيه ذلك أَوْلَى . وفارقَ غيرَ الأبِ ، فإنَّه لا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ العاقِلِ .

٧/٢٤و

وأمَّا البالغُ المَعْتوهُ ، فظاهرُ كلامِ أحمدَ ، والخِرَقِىِّ ، أنَّ للأبِ تَزْوِيجَه مع ظُهورِ أماراتِ الشَّهوةِ وعَدَمِها . وقال القاضى : إنَّما يجوزُ تَزْوِيجُه إذا ظَهرتْ منه أماراتُ الشهوةِ باتِّباعِ النِّساءِ ونحوِه . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ فى تَزْوِيجِه مع عَدَمِ حاجَتِه إضرارًا به ، بإلْزامِه حُقُوقًا لا مَصْلحةَ له فى الْتِزامِها . وقال أبو بكرٍ : ليس للأبِ تَزْوِيجُه بحالٍ ؛ لأنَّه رَجُلٌ ، فلم يَجُزْ إجبارُه على النِّكاحِ كالعاقِلِ . وقال زُفَرُ : إن طَرَأَ عليه الجنونُ بعدَ البلوغِ ، لم يَجُزْ تَزْوِيجُه ، وإن كان مُسْتَدامًا ، جازَ . ولَنا ، أنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، فجاز لأَبِيه تَزْوِيجُه كالصغيرِ ، فإنَّه إذا جاز تَزْوِيجُ الصغيرِ ، مع عَدَمِ حاجَتِه فى الحالِ ، وتَوَقُّعِ نَظَرِه عندَ الحاجةِ ، فهٰهُنا أَوْلَى . ولَنا ، على التَّسْوِيةِ بين الطَّارِئ والمُسْتَدامِ ، أنَّه مَعْنًى يُثْبِتُ الوِلايَةَ ، فاسْتَوَى طارِئُه ومُسْتَدامُه ، كالرِّقِّ ، ولأنَّه جُنونٌ يُثْبِتُ الوِلايَةَ على مالِه ، فأثْبَتَها عليه فى نِكاحِه[10] ، كالمُسْتَدامِ . فأمَّا اعْتِبارُ الحاجةِ ، فلابُدَّ منها ، فإنَّه لا يجوزُ لوَلِيِّه

---

(٤) فى الأصل ، ا ، ب : « فاختصموا » .

(٥) فى ب : « فأجاز له » .

(٦) أخرجه مختصرا البيهقى ، فى : باب الأب يزوج ابنه الصغير ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤٣ .

(٧) فى ب ، م : « التزويج » .

(٨) فى م : « ملك » .

(٩) فى الأصل ، م : « مع » .

(١٠) فى م : « النكاح » .

تَزْويجُه ، إلَّا إذا رأَى المصلحةَ فيه ، غيرَ أنَّ الحاجةَ لا تَنْحَصِرُ فى قَضاءِ الشَّهوةِ ، فقد تكونُ حاجَتُه إلى الإيواءِ والحِفْظِ ، وربَّما كان دَواءً له ، ويُتَرَجَّى به شفاؤُه ، فجاز التَّزويجُ له ، كقَضاءِ الشَّهْوةِ . واللهُ أعلم .

فصل : ومن يُخْنَقُ[11] فى الأحْيانِ ، لا يجوزُ تَزْويجُه إلَّا بإذْنِه ؛ لأنَّ ذلك مُمْكِنٌ ، ومَن أمْكَنَ أن يَتَزَوَّجَ لنَفْسِه ، لم تَثْبُت الولايةُ عليه كالعاقلِ . ولو زال عَقْلُه ببِرْسامٍ أو مَرَضٍ مَرْجُوِّ الزَّوالِ ، فهو كالعاقلِ ، فإنَّ ذلك لا يُثْبِتُ الولايةَ على مالِه ، فعلى نَفْسِه أَوْلَى . وإن لم يُرْجَ زَوالُه ، فهو داخلٌ فيما ذَكَرْناه .

الفصل الرابع : أنَّ[12] وَصِىَّ الأبِ فى النِّكاحِ بمَنْزِلَتِه ، على ما ذَكَرْنا فى ثُبوتِ الوِلايةِ للوَصِىِّ على المرأةِ . وفى هذا من الخلافِ مثلُ ما فيه ، وإنَّما يَثْبُتُ ذلك لوَصِىِّ الأبِ فى التَّزويجِ خاصَّةً ، فإن كان وَصِيًّا فى المالِ ، لم تَكُنْ له ولايةٌ فى التَّزويجِ ؛ لأنَّه إنَّما يَسْتَفيدُ التَّصرُّفَ[13] بالوَصِيَّةِ ، فلا يَمْلِكُ مالم يُوصَ به إليه ، وَوَصِىُّ غيرِ الأبِ ، لا وِلايةَ له على صَبِىٍّ ولا[14] مَجنونٍ ؛ لأنَّ المُوصِىَ لا يَمْلِكُ ذلك ، فوَصِيُّه أَوْلَى .

فصل : وإذا تَزَوَّجَ لصغيرٍ أو مجنونٍ ، فإنَّه يَقْبَلُ لهما النِّكاحَ ، ولا يجوزُ أن يَأْذَنَ لهما فى قَبُولِه ؛ لأنَّهما ليسا / من أهلِ التَّصرُّفِ . وإن كان الغلامُ ابنَ عَشْرٍ ، وهو مُمَيِّزٌ ، فقياسُ المذهبِ جوازُ تَفْويضِ القَبُولِ إليه ، حتى يَتَوَلَّاهُ لنَفْسِه ، كما يُفَوَّضُ أَمْرُ البَيْعِ إليه ، ولأنَّه يَمْلِكُ إيقاعَ الطَّلاقِ بنَفْسِه . وإن تَزَوَّجَ له الوَلِىُّ جاز ، كما يجوزُ أن يَبْتاعَ له ، وهذا على الرِّوايةِ التى تقولُ بصِحَّةِ بَيْعِه ، ووُقوعِ طَلَاقِه . وإن قُلْنا : لا يَصِحُّ ذلك منه . فهذا أَوْلَى .

٢٤/٧ ظ

---

(١١) الخُناق ، بالضم : داء يمتنع معه نفوذ النفَس إلى الرئة والقلب . وفى الشرح الكبير : « يجن » .

(١٢) سقط من : ا ، ب .

(١٣) فى م : « بالتصرف » .

(١٤) فى م : « أو » .

فصل : وذكر القاضى أنَّه لا يجوزُ أن يَتزوَّجَ لهما بزيادةٍ على مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه مُعاوَضةٌ فى حَقِّ الغيرِ ، فلم تَجُزِ الزِّيادةُ فيها على عِوَضِ المِثْلِ ، كبَيْعِ مالِه . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وقد ذكَرْنا أنَّ للأبِ تَزْويجَ ابْنَتِه بدُونِ صَداقِ مِثْلِها ، فهذا مثلُه ، فإنَّه قد يَرَى المصلحةَ فى ذلك ، فجاز له بَذْلُ المالِ فيه ، كما يجوزُ فى مُداوَاتِه[١٥] ، بل الجوازُ ههُنا أَوْلَى ؛ فإنَّ الغالِبَ أنَّ المرأةَ لا تَرْضَى بتَزْويجِ مَجْنونٍ ، إلَّا أن تُرَغَّبَ بزيادةٍ على مَهْرِ مِثْلِها ، فيتَعذَّرُ الوُصولُ إليه بدُونِ ذلك ، بخلافِ المرأةِ . وذكَر القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » ، أنَّ قياسَ المذهبِ أنَّه لا يُزَوِّجُه بأكثرَ من امرأةٍ واحدةٍ ؛ لعدَمِ حاجَتِه إلى زيادةٍ عليها ، فيكونُ بَذْلًا لمالِه فيما لا حاجةَ به إليه . وذكَر فى « الجامعِ » ، أنَّ له تَزْويجَ ابْنِه الصغيرِ بأرْبَعٍ ؛ لأنَّه قد يَرَى المصلحةَ فيه ، وليس له تَزْوِيجُه بمَعِيبةٍ عَيْبًا يُرَدُّ به فى النِّكاحِ ؛ لأنَّ فيه ضَرَرًا به[١٦] وتَفْويتًا لمالِه[١٦] فيما لا مصلحةَ له فيه ، فإن فعَلَ ، خُرِّجَ فى صِحَّةِ النِّكاحِ وَجْهان . فإن قُلْنا : يَصِحُّ . فهل للوَلِىِّ الفَسْخُ فى الحالِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، مَضَى توجيهُهما فى تَزْوِيجِ الصغيرةِ بمَعِيبٍ . ومتى لم يَفْسَخْ حتى بَلَغَ الصبىُّ ، أو عَقَلَ المجنونُ ، فلهما الفَسْخُ ، وليس له تَزْويجُه بأَمَةٍ ؛ لأنَّ إباحَتَها مَشْروطةٌ بخَوْفِ العَنَتِ ، وهو مَعْدومٌ فى حَقِّ الصَّبِىِّ ، غيرُ مَعْدُومٍ[١٧] فى المجنونِ .

فصل : وإذا زَوَّجَ ابْنَه ، تَعَلَّقَ الصَّداقُ بذِمَّةِ الابْنِ ، مُوسِرًا كان أو مُعْسِرًا ؛ لأنَّه عَقْدٌ للابنِ ، فكان عليه بَذْلُه ، كثَمَنِ المَبِيعِ . وهل يَضْمَنُه الأبُ ؟ فيه رِوَايتان ؛ إحداهما ، يَضْمَنُه . نَصَّ عليه ، فقال : تَزْوِيجُ الأبِ لابْنِه الطِّفْلِ جائزٌ ، ويَضْمَنُ الأبُ المَهْرَ ؛ لأنَّه الْتَزَمَ العِوَضَ عنه ، فضَمِنَه ، كما لو نَطَقَ بالضَّمانِ . والأخرى ، لا يَضْمَنُه ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، نابَ فيه عن غيرِه ، فلم يَضْمَنْ عِوَضَه ، كثَمَنِ مَبِيعِه ، أو كالوَكِيلِ . قال القاضى : هذا أصَحُّ . وقال : إنما الرِّوايتانِ فيما إذا كان الابْنُ[١٨]

---

(١٥) فى م : « مدواته » .

(١٦ – ١٦) فى الأصل ، ا : « وتفويت ماله » .

(١٧) فى الأصل ، ب : « معلوم » .

(١٨) سقط من : ا ، م .

مُعْسِرًا ، أمَّا المُوسِرُ ، فلا يَضْمَنُ الأبُ عنه رِوَايةً واحدةً ، فإن طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ ، سَقَطَ نِصْفُ الصَّداقِ . فإن كان ذلك بعدَ دَفْعِ الأبِ الصَّداقَ عنه ، رَجَعَ نِصْفُهُ إلى الابْنِ ، وليس / للأبِ الرُّجُوعُ فيه ، بمعنى الرُّجُوعِ فى الهِبَةِ ؛ لأنَّ الابنَ مَلَكَه بالطَّلاقِ عن غيرِ أبيه ، فأشْبَهَ مالو وَهَبَه الأبُ أجْنَبِيًّا.ثم وَهَبَه الأجنبىُّ للابْنِ[19] . ويَحْتَمِلُ أن يَرْجِعَ فيه ؛ لأنَّه تَبَرَّعَ عن ابنِه ، فلم يَسْتَقِرَّ المِلْكُ حتى اسْتَرْجَعه الابنُ . وكذلك الحكمُ فيما لو قَضَى الصَّداقَ عن ابْنِه الكبيرِ ، ثم طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ . وإن ارْتَدَّتْ قبلَ الدُّخولِ ، فالحكمُ فى الرُّجوعِ فى جَمِيعه ، كالحكمِ فى الرُّجوعِ فى النِّصْفِ بالطَّلاقِ .

٢٥/٧ و

فصل : فى المَحْجُورِ عليه للسَّفَهِ ، والكلامُ فى نِكاحِه فى ثلاثةِ أحْوالٍ ؛ أحدها ، أنَّ لوَلِيِّه تَزْوِيجَه ، إذا عَلِمَ حاجَتَه إلى النِّكاحِ ؛ لأنَّه نُصِبَ لمصالِحِه ، وهذا من مَصالِحِه ، لأنَّه يَصُونُ به دِينَه وعِرْضَه ونَفْسَه ، فإنَّه ربما تَعَرَّضَ بتَرْكِ التَّزْوِيجِ للإثْمِ بالزِّنَى ، والحَدِّ ، وهَتْكِ العِرْضِ ، وسواءٌ عَلِمَ حاجَتَهُ[20] بقَوْلِه أو بغيرِ قولِه ، وسواءٌ كانت حاجَتُه[21] إلى الاسْتِمْتاعِ[21] أو إلى الخِدْمةِ ، فيُزَوِّجُه امرأةً لتَحِلَّ له ؛ لأنَّه يحتاجُ إلى الخَلْوةِ بها . وإن لم يكُنْ به حاجةٌ إليه ، لم يَجُزْ تَزْوِيجُه ؛ لأنَّه يُلْزِمُه بالنِّكاحِ حُقوقًا ؛ من المَهْرِ ، والنفقةِ ، والعِشْرةِ ، والمَبِيتِ ، والسُّكْنَى ، فيكون تَضْيِيعًا لمالِه ونَفْسِه فى غير فائدةٍ ، فلم يَجُزْ ، كتَبْذِيرِ مالِه . وإذا أراد تَزْوِيجَه[22] ، استأْذَنه فى تَزْوِيجِه ، فإن زَوَّجَه بغيرِ إذْنِه ، فقال أصحابُنا : يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، فمَلَكَه الوَلِىُّ فى حَقِّ المُوَلَّى عليه ، كالبَيْعِ ، ولأنَّه مَحْجورٌ عليه ، أشْبَهَ الصغيرَ والمَجْنونَ ، ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ تَزْوِيجَه بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الطلاقَ ، فلم يُجْبَرْ على النِّكاحِ ، كالرَّشِيدِ وكالعَبْدِ[23] الكبيرِ ؛ وذلك لأنَّ

---

(١٩) فى الأصل : « الابن » .

(٢٠) فى ب ، م : « بحاجته » .

(٢١ - ٢١) فى م : « بالاستمتاع » .

(٢٢) فى الأصل : « أن يزوجه » .

(٢٣) فى م : « والعبد » .

إجْبارَه على النِّكاحِ مع مِلْكِ الطلاقِ ، مُجَرَّدُ إضْرارٍ ، فإنَّه يُطَلِّقُ فيَلْزَمُه الصَّداقُ مع فَوَاتِ النِّكاحِ ، ولأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى امْرأةٍ ، ولا يكونُ له فى أُخْرَى ، فإذا أُجْبِرَ على مَنْ يَكْرَهُها ، لم تَحْصُلْ له المصلحةُ منها ، وفات عليه غَرَضُه من الأُخْرَى ، فيَحْصُلُ مُجَرَّدُ ضَرَرٍ مُسْتَغْنًى عنه . وإنَّما جاز ذلك فى حَقِّ المجنونِ والطِّفْلِ ، لعدمِ إمكانِ الوُصولِ إلى ذلك مِن قَوْلِهما ، ولم يَتَعذَّرْ ذلك هٰهُنا ، فوَجَبَ أن لا يُفَوَّتَ ذلك عليه ، كالرَّشِيدِ . الحال الثانى ، أنَّ للوَلِىِّ أن يَأْذَنَ له فى التَّزْوِيجِ فى الحالةِ[24] التى للوَلِىِّ تَزْوِيجُه فيها ، وهى حالةُ الحاجةِ ؛ لأنَّه من أهلِ النِّكاحِ ، فإنَّه عاقلٌ مُكَلَّفٌ ، ولذلك يَمْلِكُ الطَّلاقَ والخُلْعَ ، فجاز أن يُفَوِّضَ إليه ذلك ، ثم هو مُخَيَّرٌ بين أن يُعَيِّنَ له المرأةَ ، أو يَأْذَنَ له مُطْلَقًا . وقال بعضُ الشافعيةِ : يَحْتاجُ إلى التَّعْيينِ / له[25] ؛ لئَلَّا يتزوَّجَ شَرِيفةً يَكْثُرُ مَهْرُها ونَفَقَتُها ، فيَتَضَرَّرُ بذلك . ولَنا ، أنَّه أذِنَ فى النِّكاحِ ، فجاز من غيرِ تَعْيِينٍ ، كالإِذْنِ للعَبْدِ ، وبهذا يَبْطُلُ ما ذَكَرُوه[26] . ولا يتزوَّجُ إلَّا بمَهْرِ المِثْلِ ، فإن زاد على مَهْرِ المِثْلِ ، بَطَلَتِ الزِّيادةُ ؛ لأنَّها مُحاباةٌ بمالِه ، [27]وهو لا[27] يَمْلِكُها . وإن نَقَصَ عن مَهْرِ المِثْلِ ، جاز ؛ لأنَّه رِبْحٌ من غيرِ خُسْرانٍ . الحال الثالث ، إذا تَزَوَّجَ بغيرِ إِذْنٍ . فقال أبو بكرٍ : يصحُّ النِّكاحُ ، أَوْمَأَ إليه أحمدُ ، قال القاضى : يعنى إذا كان مُحتاجًا ، فإن عُدِمَتِ الحاجةُ لم يَجُزْ ؛ لأنَّه إتلافٌ لمالِه[28] فى غيرِ فائدةٍ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن أمْكَنَه اسْتِئْذانُ وَلِيِّه ، لم يَصِحَّ إلَّا بإِذْنِه ؛ لأنَّه مَحْجورٌ عليه ، فلم يَصِحَّ منه التَّصَرُّفُ بغيرِ إذْنِه[29] ، كالعبدِ ، وإن طَلَبَ منه النكاحَ ، فأَبَى أن يُزَوِّجَه ، ففيه وَجْهان . ولَنا ، أنَّه إذا احتاجَ إلى النِّكاحِ ، فحَقُّه مُتَعَيِّنٌ فيه ، فصَحَّ استِيفاؤُه بنَفْسِه ، كما لو

٢٥/٧ظ

---

(٢٤) فى ا ، م : « الحال » .

(٢٥) سقط من : ب ، م .

(٢٦) فى الأصل ، ا ، ب : « ذكره » .

(٢٧–٢٧) فى م : « ولا » .

(٢٨) فى ب : « ماله » .

(٢٩) فى م : « إذن » .

اسْتَوْفَى دَيْنَه الحالَّ عندَ امْتِناعِ وَلِيِّه من اسْتِيفائِه ، فأمَّا إن تزوَّجَ من غيرِ حاجةٍ ، لم يَصِحَّ ، فإن وَطِئَ الزَّوْجةَ ، فعليه مَهْرُ المِثْلِ[30] ؛ لأنَّه أتْلَفَ بُضْعَها بشُبْهةٍ ، فلزِمَه عِوَضُ ما أتْلَفَ ، كما لو أتْلَفَ مالَها .

فصل : وليس لغيرِ الأبِ تَطْلِيقُ امرأةِ المُوَلَّى عليه ، سواءٌ كان ممَّن يَمْلِكُ التَّزويجَ ، كوَصِيِّ الأبِ والحاكِمِ على قولِ ابنِ حامِدٍ ، أو لا يَمْلِكُه . لا نعلمُ فى هذا خلافًا . فأمَّا الأبُ إذا زَوَّجَ ابنَه الصغيرَ أو المجنونَ ، فقد قال أحمدُ ، فى رَجُلَيْنِ زَوَّجَ أحدُهما ابْنَه بابْنةِ الآخَرِ ، وهما صغيران ، ثم إنَّ الأبَوَيْنِ كَرِهَا ، هل لهما أن يَفْسَخَا ؟ فقال : قد اخْتُلِفَ فى ذلك . وكأنَّه[31] رآه . قال أبو بكرٍ : لم يَبْلُغْنِى عن أبى عبدِ اللهِ فى هذه المسألةِ إلَّا هذه الرِّوايةُ ، فتُخَرَّجُ على قَوْلَيْنِ ؛ أحدهما ، يَمْلِكُ ذلك . وهو قولُ عَطاءٍ ، وقَتادةَ ؛ لأنَّها وِلايةٌ يَسْتَفِيدُ بها تَمْلِيكَ البُضْعِ ، فجاز أن يَمْلِكَ بها إزالَتَه إذا لم يكُن مُتَّهَمًا ، كالحاكِمِ يَمْلِكُ الطلاقَ على الصغيرِ والمجنونِ بالإعْسَارِ[32] . والقولُ الثانى : لا يَمْلِكُ ذلك . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « إنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أخَذَ بالسَّاقِ »[33] . ولأنَّه لا يَمْلِكُ البُضْعَ ، فلا يَمْلِكُ الطَّلاقَ بنَفْسِه ، كوَصِيِّ الأبِ والحاكِمِ ، وكالسَّيِّدِ يُزَوِّجُ عبدَه الصغيرَ ، وبهذه الأصولِ يَبْطُلُ دَلِيلُ القولِ الأوَّلِ .

فصل : وإذا ادَّعَتِ امرأةُ المجنونِ عُنَّتَه ، لم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ ؛ لأنَّها لا تَثْبُتُ إلَّا بإقْرارِ الزَّوْجِ ، ولا حُكْمَ لإقْرارِه . وإن أقَرَّ بالعُنَّةِ وهو صحيحٌ ، فضُرِبَتْ له المدةُ ثم جُنَّ ، وانْقَضَتِ المُدَّةُ / ، وطالبتِ المرأةُ بالفَسْخِ ، لم يُفْسَخْ ؛ لأنَّها إن كانت ثَيِّبًا فالقولُ قولُه ، وإن كانت بِكْرًا فادَّعَى مَنْعَها إيَّاهُ نَفْسَها ، أو أنَّه[34] وَطِئَها فعادت عُذْرَتُها ، فله

٢٦/٧و

---

(٣٠) فى ا ، ب : « مثلها » .

(٣١) فى ا ، م : « كأنه » .

(٣٢) فى م : « بالاعتبار » .

(٣٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٢ .

(٣٤) فى م : « وأنه » .

اسْتِخْلافُها . فإذا كان لا يُعَبِّرُ عن نَفْسِه ، لم يُسْتَحْلَفْ ، ولا يَثْبُتُ ما قالَتْه ، فلم يُفْسَخْ عليه .

١١٢٥ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، فَقَدْ لَزِمَها النِّكَاحُ ، كَبِيرَةً كَانَتْ أو صَغِيرَةً**)

لا نعلمُ فى هذا خِلافًا ؛ وذلك لأنَّ مَنافِعَها مَمْلوكةٌ له ، والنِّكاحُ عَقْدٌ على مَنْفعتِها ، فأشْبَهَ عَقْدَ الإجارَةِ ، ولذلك مَلَكَ الاسْتِمتاعَ بها ، وبهذا فارَقَتِ العَبْدَ ، ولأنَّه يَنْتَفِعُ بتَزْويجِها ؛ لما يَحْصُلُ[1] له من مَهْرِها ووَلَدِها ، ويَسْقُطُ عنه من نَفَقتِها وكُسْوَتِها ، بخلاف العَبْدِ .

فصل : والمُدَبَّرةُ ، والمُعَلَّقُ عِتْقُها بصِفَةٍ ، وأُمُّ الوَلَدِ ، كالأَمَةِ القِنِّ ، فى إجْبارِها على النِّكاحِ . وقال مالك آخِرَ أمْرِه : ليس له تَزْويجُ أُمِّ وَلَدِه بغيرِ إذْنِها . وكَرِهَهُ رَبيعةُ . وللشافعىِّ فيه قَوْلان ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ فى رَقَبتِها ، فكذلك لا يملكُ تَزْويجَها بغيرِ إذْنِها ، كأُخْتِه . ولَنا ، أنَّها مَمْلوكَتُه[2] ، يَمْلِكُ الاستمتاعَ بها وإجارَتَها ، فمَلَكَ تَزْويجَها ، كالقِنِّ ، ولأنَّها إحْدَى مَنْفَعَتَيْها ، فملَكَ أخْذَ[3] عِوَضِها[4] ، كسائرِ مَنافِعِها . وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بابْنَتِه الصغيرةِ ، لا يَمْلِكُ رَقَبتَها ، ويملكُ تَزْويجَها . وإذا مَلَكَ أخْتَه من الرَّضاعِ ، أو مَجُوسِيَّةً ، فله تزويجُهُما ، وإن كانتا مُحَرَّمَتَيْنِ عليه ؛ لأنَّ منافِعَهُما مِلْكُه ، وإنما حُرِّمَتا عليه لعارِضٍ . فأمَّا التى بعضُها حُرٌّ ، فلا يَمْلِكُ سيِّدُها إجْبارَها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ جَميعَها . ولا يَمْلِكُ إجْبارَ المُكاتَبَةِ ؛ لأنَّها بمَنْزِلةِ الخارجةِ عن

---

(١) فى م : « حصل » .

(٢) فى الأصل : « مملوكة » .

(٣) فى النسخ : « أحد » .

(٤) فى ب ، م : « عوضيها » .

مِلْكِه ، ولذلك لا يَمْلِكُ وَطْأَها ولا إجارَتَها[٥] ، ولا تَلْزَمُه نَفَقَتُها ، ولا يَصِلُ إليه مَهْرُها ، فهى كالعَبْدِ .

فصل : فإن طَلَبَتِ الأَمَةُ من سَيِّدها تَزْويجَها ، فإن كان يَطَؤُها ، لم يُجْبَرْ على تَزْويجِها ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى تَزْويجِها ، ووَطْؤُه لها يَدْفَعُ حاجَتَها . فإن كان لا يَطَؤُها ؛ لكَوْنِها مُحَرَّمةً عليه ، كالمَجُوسِيَّةِ وأُختِه من الرَّضاعِ ، أو مُحَلَّلَةً له لكن لا يَرْغَبُ فى وَطْئِها ، أُجْبِرَ على تَزْويجِها [٦] أو وَطْئِها إن كانت مُحَلَّلةً له ، أو إزالَة[٧] مِلْكِه عنها ؛ لأنَّه وَلِيُّها ، فأُجْبِرَ على تَزْويجِها[٦] ، كالحُرَّةِ ، ولأنَّ حاجَتَها قد تَشْتَدُّ إلى ذلك ، فأُجْبِرَ على دَفْعِها ، كالإِطْعامِ والكُسْوَةِ . وإذا امْتَنعَ أَجْبَرَه الحاكمُ . وإن طَلَبَتْ منه مَنْ نِصْفُها حُرٌّ ، أو المُكاتَبَةُ ، أو أُمُّ الوَلَدِ ، التَّزويجَ ، أُجْبِرَ عليه ؛ / لأنَّه وَلِيُّهُنَّ ، فأُجْبِرَ على تَزْويجِهِنَّ ، كالحَرائِرِ .

٧/٢٦ظ

فصل : وإذا اشْتَرى عبدُه المأذونُ[٨] أَمَةً ، ورَكِبَتْه دُيونٌ ، مَلَكَ سَيِّدُه تَزْويجَها وبَيْعَها وإعْتاقَها . نَصَّ عليه أحمدُ ، وذكَرَه أبو بكرٍ ، وقال : وللسَّيِّدِ وَطْؤُها . وقال الشافعيُّ : ليس له[٩] شىءٌ من ذلك ؛ لما فيه من الإِضرارِ بالغُرَماءِ . وأصلُ الخِلافِ يَنْبَنِى[١٠] على دَيْنِ المأذونِ له فى التِّجارةِ ، فعندَنا يَلْزَمُ السَّيِّدَ ، فلا يَلْحَقُ الغُرماءَ ضَرَرٌ بتَصَرُّفِ السَّيِّدِ فى الأَمَةِ ، فإنَّ الدَّيْنَ ما تَعَلَّقَ بها ، وعندَه أنَّ الدَّيْنَ يتعلَّقُ[١١] بالعَبْدِ وبما[١٢] فى يَدِه ، فيَلْحَقُهم الضَّرَرُ . والكلامُ على هذا يُذْكَرُ فى موضِعه .

---

(٥) فى ب زيادة : « لأنه لا يملك جميعها » .

(٦ - ٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٧) فى ا : « أو أزال » . وفى م : « وإزالة » .

(٨) فى ب زيادة : « له » .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) فى ب ، م : « يبنى » .

(١١) فى الأصل ، ا : « تعلق » .

(١٢) فى ب : « وما » .

فصل : وليس للسَّيِّدِ إكْراهُ أَمَتِه على التَّزويجِ بمَعِيبٍ عَيْبًا يُرَدُّ به فى النِّكاحِ ؛ لأنَّه يُؤَثِّرُ[13] فى الاسْتِمْتاعِ ، وذلك حَقٌّ لها ، ولذلك مَلَكتِ الفَسْخَ بالجَبِّ والعُنَّةِ والامْتِناعِ من العبدِ دُونَ السَّيِّدِ . وفارَقَ بَيْعَها من مَعِيبٍ ؛ لأنَّه لا يُرادُ للاسْتِمْتاعِ ، ولهذا مَلَكَ شِراءَ الأَمَةِ المُحَرَّمَةِ عليه[14] ، ولم تَمْلِكِ الأَمَةُ الفَسْخَ لِعَيْبِه ولا عُنَّتِه ولا إيلائِه . وإن زَوَّجَها من مَعِيبٍ ، فهل يَصِحُّ ؟ على وَجْهَيْن ؛ فإن قُلْنا : يَصِحُّ . فلها الفَسْخُ . وإن كانت صغيرةً ، فهل له الفسخُ فى الحالِ ، أو يَنْتَظِرُ بُلُوغَها ؟ على وَجْهَيْن . ومذْهبُ الشافعىِّ هكذا فى هذا الفصلِ كلِّه .

١١٢٦ - مسألة ؛ قال : (**وَمَنْ زَوَّجَ عَبْدَهُ وَهُوَ كَارِهٌ ، لَمْ يَجُزْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا**)

الكلام فى هذه المسألة فى فَصْلين :

أحدهما : أنَّ السَّيِّدَ لا يَمْلِكُ إجْبارَ عبدِه البالغِ العاقلِ على النِّكاحِ . وبهذا قال الشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ : له ذلك ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا۟ ٱلْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ ﴾[1] . ولأنَّه يَمْلِكُ رَقَبَته ، فمَلَكَ إجْبارَه على النِّكاحِ كالأَمَةِ ، ولأنَّه يَمْلِكُ إجارَتَه ، فأشْبَهَ الأَمَةَ . ولَنا ، أنَّه مُكلَّفٌ يَمْلِكُ الطَّلاقَ ، فلا يُجْبَرُ على النِّكاحِ كالحُرِّ ، ولأنَّ النِّكاحَ خالِصُ حَقِّه ، ونَفْعُه له ، فأشْبَهَ الحُرَّ ، والأمرُ بإنْكاحِه مُخْتَصٌّ بحالِ طَلَبِه ، بدليلِ عَطْفِه على الأَيامَى ، وإنَّما يُزَوَّجْنَ عند الطَّلَبِ ، ومُقْتَضَى[2] الأمرِ الوُجوبُ ، وإنَّما يجب تَزْوِيجُه عند طَلَبِه ، وأمَّا الأَمَةُ فإنَّه يَمْلِكُ منافعَ بُضْعِها ، والاستمتاعَ بها ، بخلافِ العَبْدِ ، ويفارِقُ النِّكاحُ الإجارةَ ؛ لأنَّها

---

(١٣) فى ا : « مؤثر » .

(١٤) سقط من : ب ، م .

(١) سورة النور ٣٢ .

(٢) فى الأصل : « فيقتضى » .

عَقْدٌ على منافِعِ بَدَنِه ، وهو يَمْلِكُ اسْتِيفاءَها .

الفصل الثانى : فى العبدِ الصغيرِ الذى لم يَبْلُغْ ، فللسَّيِّدِ تَزْوِيجُه ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ، إلَّا أنَّ بعضَ الشَّافعيَّةِ قال : فيه قولان . وقال أبو / الخَطَّاب ؛ يَحْتَمِلُ ألَّا يَمْلِكَ تَزْوِيجَه . ولَنا ، أنَّه إذا مَلَكَ تَزْوِيجَ ابْنِه الصغيرِ ، فعَبْدُه مع مِلْكِه له وتَمامِ وِلَايَتِه عليه أَوْلَى ، وكذلك الحكمُ فى عبدِه المَجْنُونِ . ٢٧/٧ و

فصل : والمَهْرُ والنَّفَقةُ على السَّيِّدِ ، سواءٌ ضَمِنَهُما أو لم يَضْمَنْهُما ، وسواءٌ باشَرَ العَقْدَ أو أَذِنَ لعَبْدِه فعَقَده ، وسواءٌ كان مَأْذُونًا له فى التِّجارةِ أو مَحْجُورًا عليه . نَصَّ عليه أحمدُ . وعنه ما يَدُلُّ على أنَّ ذلك يتعلَّقُ بكَسْبِه ، فإنَّه قال : نَفَقَتُه من ضَرِيبَتِه . وقال : إن كان[3] بقِيمةِ ضَرِيبتِه أُنْفِقَ عليها ، ولا يُعْطِى المَوْلَى ، وإن لم يكُنْ عنده ما يُنْفِقُ ، يُفَرَّقُ[4] بينهما . وهذا قولٌ للشافعىِّ[5] . وفائدةُ الخلافِ أنَّ مَنْ أَلْزَمَ السَّيِّدَ المَهْرَ والنَّفَقةَ ، أَوْجَبَهُما عليه وإن لم يَكُنْ للعبدِ كَسْبٌ ، وليس للمرأةِ الفَسْخُ ؛ لعدمِ كَسْبِ العبدِ ، وللسَّيِّدِ اسْتِخْدامُه ومَنْعُه من[6] الاكْتِسابِ ، ومن عَلَّقَه بكَسْبِه فلم يَكُنْ له كَسْبٌ ، فللمرأةِ الفَسْخُ ، وليس للسَّيِّدِ[7] مَنْعُه من الكَسْبِ[8] . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ تَعلَّقَ بالعبدِ برِضَا سَيِّدِه ، فتعلَّقَ بسيِّدِه ، وجازَ بَيْعُه فيه ، كما لو رَهَنَه بدَيْنٍ . فعلى هذا ، لو باعَه سيِّدُه ، أو أعْتَقَه ، لم يَسْقُطِ المَهْرُ عن السَّيِّدِ . نَصّ عليه ؛ لأنَّه حَقٌّ تعلَّقَ بذِمَّتِه ، فلم يَسْقُطْ بِبَيْعِه وعِتْقِه ، كأَرْشِ جِنايَتِه ، فأمَّا النَّفقةُ فإنَّها تَتَجدَّدُ ، فتكونُ فى الزَّمنِ المُسْتَقْبلِ على المُشْتَرِى أو على العبدِ إذا أُعْتِقَ .

---

(٣) فى ا ، ب : « كانت » .

(٤) فى الأصل : « فرق » .

(٥) فى ا ، ب ، م : « الشافعى » .

(٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) فى الأصل ، ب : « لسيده » .

(٨) فى ب : « التكسب » .

فصل : ويجوزُ أن يَتزوَّجَ السَّيِّدُ لعبدِه بإذْنِه . ويجوزُ أن يَأْذَنَ للعبدِ فيَتزوَّجَ لنَفْسِه ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ يَصِحُّ طَلَاقُه ، فكان من أهلِ مُباشَرةِ النِّكاحِ كالحُرِّ . ويجوزُ أن يَأْذَنَ له مُطْلقًا ومُقَيَّدًا ، فإن عَيَّنَ له امرأةً ، أو نِساءَ بَلَدٍ أو قبيلةٍ ، أو حُرَّةً ، أو أمَةً ، فتزَوَّجَ غيرَها ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مُتصَرِّفٌ بالإِذْنِ فتَقَيَّدَ[9] تصرّفُه بما أُذِنَ له فيه كالوَكِيلِ . وإن أَذِنَ له مُطْلقًا ، فله أن يتزوَّجَ مَنْ شاءَ ، لكن إن تزوَّجَ امرأةً من بَلْدةٍ أُخْرَى فلِسَيِّدِه[10] مَنْعُه من الخُروجِ إليها ، وإن كانت فى البَلَدِ ، فعلى سَيِّدِه[11] إرْسالُه ليلًا للاسْتِمْتاعِ . وإن أَحَبَّ سيِّدُه أن يُسْكِنَها فى مَسْكَنٍ من دارِه ، فله ذلك إذا كان مَسْكَنَ مِثْلِها ، ولا يَلْزَمُه إرْسالُه نهارًا ؛ لأنَّه يحتاجُ إلى اسْتِخدامِه ، وليس النهارُ مَحَلًّا للاسْتِمْتاعِ . ولسَيِّدِه المُسافرةُ به ، فإنَّ حَقَّ امرأةِ العبدِ عليه لا يَزِيدُ على حَقِّ امرأةِ الحُرِّ ، والحُرُّ يَمْلِكُ المُسافَرةَ وإن كَرِهَت امرأتُه ، كذا هٰهُنا .

٧/٢٧ ظ

فصل : وللسَّيِّدِ أن يُعَيِّنَ له المَهْرَ ، وله أن / يُطْلِقَ ، فإن تزوَّجَ بما عَيَّنَه أو دُونَه ، أو بمَهْرِ المِثْلِ عند الإِطْلاقِ أو دُونَه ، لَزِمَ المُسَمَّى ، وإن تزوَّجَ بأكْثَرَ من ذلك لم يَلْزَم السَّيِّدَ الزِّيادةُ . وهل تَتَعلَّقُ برَقَبةِ العبدِ أو بذِمَّتِه يُتْبَعُ بها بعد العِتْقِ ؟ على روايتَيْنِ ، بِناءً على اسْتِدانةِ العبدِ المَحْجُورِ عليه . وقد ذُكِر فى باب المُصَرَّاة[12] .

فصل : وإن تزوَّجَ[13] أمَةً ، ثم اشتراها بإذْنِ سيِّدِه لِسَيِّدِه ، لم يُؤَثِّرْ ذلك فى نِكاحِه ، وإن اشتراها لنَفْسِه ، وقُلْنا : إن العبدَ لا يَمْلِكُ بالتَّمْليكِ . فكذلك ، وإن قُلْنا : يَمْلِكُ بالتَّمْليكِ . انْفسخَ نِكاحُه ، كما لو اشْتَرَى الحُرُّ امْرأتَه ، وله وَطْؤُها بمِلْكِ اليَمينِ إذا أَذِنَ له السَّيِّدُ[14] ، فإن كان نِصْفُه[15] حُرًّا ، فاشْتَراها فى ذِمَّتِه ، أو بما يَخْتَصُّ

---

(٩) فى م : « فقيد » .

(١٠) فى م : « فللسيد » .

(١١) فى م : « السيد » .

(١٢) تقدم فى : ٦ / ٢٥٧-٢٦٠ .

(١٣) فى الأصل : « زوج » .

(١٤) فى ا ، ب : « سيده » .

(١٥) فى الأصل : « بعضه » .

بمِلْكِه ، انْفَسخَ نِكاحُه ؛ لأنَّه مَلَكَها وحَلَّتْ له بمِلْكِ يَمِينه ، وإن مَلَكَ بعضَها ، انْفَسخَ نِكاحُه[١٦] ، ولم تَحِلَّ له ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ جَمِيعَها . وإن اشتراها بعَيْنِ مالٍ مُشْتَرَكٍ بينه وبين سَيِّدِه بغيرِ إذْنِه ، وقُلْنا : لا تُفَرَّقُ الصَّفْقَةُ . لم يَصِحَّ البيعُ ، والنِّكاحُ بحالِه . وإن قُلْنا بتَفْرِيقِها ، صَحَّ فى قَدْرِ مالِه ، وانْفَسخَ النِّكاحُ ؛ لمِلْكِه بعضَها .

فصل : وإن اشْتَرتِ الحُرَّةُ زَوْجَها ، أو مَلَكَتْه بهِبَةٍ أو غيرِها[١٧] ، انْفَسخَ النِّكاحُ ؛ لأنَّ مِلْكَ النِّكاحِ واليَمينِ يَتَنافَيانِ ، لِاسْتِحالةِ كَوْنِ الشَّخْصِ مالِكًا لمالِكِه ، ولأنَّ المرأةَ تقولُ : أَنْفِقْ علَىَّ لأنَّنى امْرَأَتُكَ ، وأنا أُسافِرُ بك لأنَّك عَبْدِى . ويقول هو : أَنْفِقِى علىَّ لأنَّنى عَبْدُكِ ، وأنا أُسافِرُ بك لأنَّك امْرَأَتِى . فيتَنافَى ذلك ، فيَثْبُتُ أقواهُما ، وهو ملكُ اليَمينِ ، ويَنْفَسِخُ النِّكاحُ ؛ لأنَّه أضْعَفُ ، ولها على سَيِّدِه المهرُ إن كان بعدَ الدُّخولِ ، وله عليها الثَّمَنُ ، فإن كانا دَيْنَيْنِ من جِنْسٍ تَقَاصَّا وتَساقَطا إن[١٨] كانا مُتَساوِيَيْنِ ، وإن تَفاضَلا سَقَطَ الأَقَلُّ منهما بمِثْلِه ، وبَقِىَ الفاضِلُ ، وإن اختَلفَ جِنْسُهُما لم يَتَساقَطا ، وعلى كلِّ واحدٍ منهما تَسْلِيمُ ما عليه إلى صاحِبِه . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه : يَسْقُطُ مَهْرُها ؛ لأنَّه دَيْنٌ فى ذِمَّةِ العَبْدِ ، فإذا مَلَكَتْه لم يَجُزْ أن يَثْبُتَ لها دَيْنٌ فى ذِمَّةِ عَبْدِها ، كما لو أتْلَفَ لها مالًا . وهذا بناء منه[١٩] على أنَّ المَهْرَ يتعلَّقُ بذِمَّةِ العَبْدِ ، وقد بَيَّنَّا أنَّه يتعلَّقُ بذِمَّةِ سَيِّدِه ، فلا يُؤَثِّرُ مِلْكُ العبدِ فى إسْقاطِه . وذكر القاضى فيه وَجْهًا ، أنَّه يَسْقُطُ ؛ لأنَّ ثُبوتَ الدَّيْنِ فى ذِمَّةِ السَّيِّدِ تَبَعٌ لثُبوتِه فى ذِمَّةِ العبدِ ، فإذا سَقَطَ من ذِمَّةِ العبدِ سقَط من ذمَّةِ السَّيِّدِ تَبَعًا ، كالدَّيْنِ الذى على الضَّامنِ إذا سقطَ من ذِمَّةِ المَضْمُونِ عنه . ولا / يُعْرَفُ هذا فى المذهبِ ، [٢٠]ولا أنه يَثْبُتُ[٢٠] فى الذِّمَّتَيْنِ جميعًا ، ٢٨/٧و

---

(١٦) فى ا ، ب : « النكاح » .

(١٧) فى الأصل : « أو بغيرها » .

(١٨) فى ا ، م : « وإن » .

(١٩) فى الأصل ، ب : « منهم » .

(٢٠ - ٢٠) فى الأصل ، ا ، م : « ولأنه ثبت » .

إحْداهما تبعٌ[21] للأُخرَى ، بل المَذْهَبُ على أنَّه لا يَسْقُطُ بعدَ الدُّخولِ بحالٍ ، فأمَّا إن كان الشراءُ قبلَ الدخولِ ، سقطَ نِصْفُه ، كما لو طَلَّقَها قبلَ دُخُولِه بها . وفى سُقُوطِ باقِيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَسْقُطُ ؛ لأنَّ زَوالَ المِلْكِ إنَّما هو بفِعْلِ البائعِ ، فالفَسْخُ إذًا من جِهَتِه ، فلم يَسْقُطْ جَمِيعُ المَهْرِ كالخُلْعِ . والثانى ، يَسْقُطُ ؛ لأنَّ الفَسْخَ إنَّما تَمَّ بشراءِ المرأةِ ، فأشْبَهَ الفَسْخَ بالعَيْبِ فى أحدِهما ، وفَسْخَها لإعْسارِه ، وشِرَاءَ الرَّجُلِ امْرَأتَه[22] .

فصل : فإن ابْتاعَتْه بصَداقِها ، صَحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ[23] . وذَكَره أبو بكرٍ ، والقاضى ، ويَرْجِعُ[24] عليها بِنصْفِه إن قُلْنا : يَسْقُطُ نِصْفُه . أو بجَمِيعِه ، إن قُلْنا : يَسْقُطُ جَمِيعُه . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ البَيْعُ . وهو قولُ أصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ ثُبُوتَه يقتضِى نَفْيَه ، فإنَّ صِحَّةَ البَيْعِ تقْتضِى فَسْخَ النِّكاحِ وسُقُوطَ المَهْرِ ، [25] وسُقُوطَ المَهْرِ [25] يقتضِى بُطْلانَ البَيْعِ ؛ لأنَّه عِوَضُه[26] ولا يَصِحُّ بغيرِ عِوَضٍ . ولَنا ، أنَّه يجوزُ أن يكونَ ثَمَنًا لغيرِ هذا العبدِ ، فجاز أن يكونَ ثَمَنًا له ، كغيرِه من الدُّيُونِ ، وما سَقَطَ منه [27] رَجَع عليها[27] به .

١١٢٧ – مسألة ؛ قال : (**فَإذَا زَوَّجَ الْوَلِيَّانِ ، فَالنِّكَاحُ لِلْأَوَّلِ مِنْهُمَا**)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا[1] كان للمرأةِ وَلِيَّانِ ، فأَذِنَتْ لكلِّ واحدٍ منهما فى تَزْوِيجِها ،

---

(٢١) فى ا ، ب ، م : « تبعا » .

(٢٢) فى م : « لامرأته » .

(٢٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٤) فى الأصل : « ورجع » .

(٢٥ – ٢٥) سقط من : ب ، م .

(٢٦) فى م : « عوض » .

(٢٧ – ٢٧) فى م : « يرجع عليه » .

(١) فى ب ، م : « إن » .

جازَ ، سواءٌ أَذِنَتْ فى رَجُلٍ مُعَيَّنٍ أو مُطْلَقًا ، فقالت : قد[٢] أَذِنْتُ لكلِّ واحدٍ من أوْليائِى فى تَزْويجِى مَنْ أراد . فإذا زَوَّجَها الوَلِيَّانِ لرَجُلَيْنِ، وعُلِمَ السَّابقُ منهما، فالنِّكاحُ له ، دَخَلَ بها الثانى[٢] أو لم يَدْخُلْ . وهذا قولُ الحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، وقَتادةَ ، وابنِ سِيرِينَ ، والأَوْزَاعىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والشَّافعىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وبه قال عطاءٌ ، ومالكٌ ، مالم يَدْخُلْ بها الثانى ، فإن دَخَلَ بها الثانى صار أَوْلَى ؛ لقولِ عمرَ : إذا أَنْكَحَ الوَلِيَّانِ ، فالأَوَّلُ أَحَقُّ ، مالم يَدْخُلْ بها الثانى . ولأَنَّ الثانى اتَّصَلَ بعَقْدِه القَبْضُ ، فكان أحَقَّ . ولَنا ، ما روَى سَمُرَةُ ، وعُقْبةُ ، عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَها وَلِيَّانِ ، فَهِىَ للأَوَّلِ » . أَخْرَجَ حَدِيثَ سَمُرَةَ أبو دَاودَ ، والتِّرْمِذِىُّ ، وأخْرجه النَّسائِىُّ عنه وعن عُقْبةَ[٣] . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن علىٍّ ، وشُرَيْحٍ[٤] . ولأَنَّ الثانى تَزوَّجَ امرأةً فى عِصْمةِ زَوْجٍ ، فكان باطلًا ، كما لو عَلِمَ أنَّ لها زَوْجًا ، ولأَنَّه نِكاحٌ باطلٌ لو عَرِىَ عن الدُّخولِ ، فكان باطلًا وإن دَخَلَ ، كنِكاحِ المُعْتَدَّةِ والمُرْتَدَّةِ[٥] ، وكما لو عَلِمَ . فأمَّا حديثُ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فلم يُصَحِّحْه / أصحابُ الحديثِ ، وقد خالَفَه قولُ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وجاء على خلافِ حديثِ[٦] النَّبىِّ ﷺ ، وما ذَكَرُوه من القَبْضِ

٢٨/٧ ظ

---

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) حديث سمرة أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا نكح الوليان ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوليين يزوجان ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣٠ . والنسائى ، فى : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٧٦ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب المرأة يزوجها الوليان ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٨ ، ١١ ، ١٢ ، ١٨ .

وحديث عقبة لعله فى السنن الكبرى للنسائى . وأخرجه البيهقى ، فى : باب الوكالة فى النكاح ، وباب إنكاح الوليين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٩ ، ١٤٠ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الوليين يزوجان ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٣٩ .

(٤) ما روى عن على أخرجه البيهقى ، فى : باب إنكاح الوليين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤١ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الوليين يزوجان ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٣٩ . وما روى عن شريح أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى الوليين يزوجان ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٠ .

(٥) فى ا ، م : « والمرتد » .

(٦) فى ب : « قول » .

لا مَعْنَى له ؛ فإنَّ النِّكاحَ يَصِحُّ بغيرِ قَبْضٍ ، على أنَّه لا أصْلَ له فيُقاسُ عليه ، ثم يَبْطُلُ بسائرِ[7] الأنْكِحةِ الفاسدةِ .

فصل : إذا اسْتَوَى الأوْلياءُ فى الدَّرجةِ ، كالإخْوَةِ وبَنِيهم ، والأعْمامِ وبَنِيهم ، فالأَوْلَى تَقْدِيمُ أَكْبَرِهم وأفْضَلِهم ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ لمَّا تَقدَّم إليه مُحَيِّصةُ وحُوَيِّصةُ وعبدُ الرحمن بن سَهْلٍ ، فتكلَّمَ عبدُ الرحمنِ بن سَهْلٍ ، وكان أصْغَرَهُم ، فقال النَّبىُّ ﷺ : « كَبِّرْ كَبِّرْ » . أى قَدِّمِ الأكبرَ ، [8]قَدِّمِ الأكبرَ[8] ، فتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ[9] . وإن تَشاحُّوا ولم يُقَدِّمُوا الأكبرَ ، أُقْرِعَ بينهم ؛ لأنَّ حَقَّهُم اسْتَوَى فى القَرابةِ ، وقد كان النَّبىُّ ﷺ إذا أراد سَفَرًا[10] أقْرعَ بين نِسائِه ، لتَساوِى حُقُوقِهنَّ[11] . كذا هٰهُنا . فإن بَدَرَ واحدٌ منهم فزَوَّجَ كُفُؤًا بإذْنِ المَرْأةِ ، صَحَّ ، وإن كان هو الأصْغَرَ المَفْضُولَ الذى وَقَعتِ القُرْعةُ لغيرِه ؛ لأنَّه تَزْوِيجٌ صَدَرَ من وَلِىٍّ كاملِ الوِلايةِ ، بإذْنِ مُوَلِّيَتِه ، فصَحَّ ، كما لو انْفَرَدَ ، وإنَّمَا القُرْعةُ لإزالةِ المُشاحَّةِ .

---

(7) فى الأصل : « كسائر » .

(8 – 8) سقط من : الأصل ، ب .

(9) أخرجه مسلم ، فى : باب القسامة ، من كتاب القسامة ، صحيح مسلم 3 / 1291 ، 1292 . وأبو داود ، فى : باب القتل بالقسامة ، وباب فى ترك القود فى القسامة ، من كتاب الديات . سنن أبى داود 2 / 485 ، 486 . والنسائى ، فى : باب تبدئة أهل الدم فى القسامة ، وباب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سهل فيه ، من كتاب القسامة . المجتبى 8 / 6 – 12 . وابن ماجه ، فى : باب القسامة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه 2 / 892 ، 893 . والإمام أحمد ، فى : المسند 4 / 2 .

(10) فى م : « السفر » .

(11) أخرجه البخارى ، فى : باب هبة المرأة لغير زوجها ... ، من كتاب الهبة ، وفى : باب تعديل النساء بعضهن بعضا ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب حمل الرجل امرأته فى الغزو دون بعض نسائه ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب حديث الإفك ، من كتاب المغازى ، وفى : باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرا ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى 3 / 208 ، 227 ، 4 ، 60 ، 5 / 148 ، 149 ، 7 / 43 . ومسلم ، فى : باب فى فضل عائشة رضى الله عنها ، من كتاب فضائل الصحابة ، وفى : باب فى حديث الإفك وقبول توبة القاذف ، من كتاب التوبة . صحيح مسلم 4 / 1894 ، 2130 . وابن ماجه ، فى : باب القسمة بين النساء ، من كتاب النكاح ، وفى : باب القضاء بالقرعة ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه 1 / 633 ، 2 / 786 . والدارمى ، فى : باب الرجل يكون عنده النسوة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب خروج النبى ﷺ مع بعض نسائه فى الغزو ، من كتاب الجهاد . سنن الدارمى 2 / 144 ، 211 . والإمام أحمد ، فى : المسند 6 / 114 ، 117 ، 197 ، 269 .

١١٢٨ ـ مسألة ؛ قال : (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي وَهُوَ لَا يَعْلَمُ أَنَّهَا ذَاتُ زَوْجٍ ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَكَانَ لَهَا عَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا ، ولَمْ يُصِبْها زَوْجُهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيَضٍ بَعْدَ[١] آخِرِ وَقْتِ وَطِئها[٢] الثَّانِي)

أَمَّا إذا عُلِمَ الحالُ قبلَ وَطْءِ الثانى لها ، فإنَّها تُدْفَعُ إلى الأَوَّلِ ، ولا شىءَ[٣] على الثانى[٣] ؛ لأَنَّ عَقْدَه عقدٌ فاسدٌ لا يُوجِبُ شيئًا . وإن وَطِئَها الثانى ، وهو لا يَعْلَمُ ، فهو وَطْءٌ بشُبْهةٍ[٤] يَجِبُ لها به[٥] مَهْرُ المِثْلِ[٦] ، وتُرَدُّ إلى الأَوَّلِ ، ولا يَحِلُّ له وَطْؤُها حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها بثلاثِ حِيَضٍ ، إن كانت من ذَواتِ الأَقْراءِ ولم تَحْمِلْ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ قَتادةَ ، والشافعىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . وقال أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : لها صَدَاقٌ بالمَسِيسِ[٧] ، وصداقٌ من هذا . ولا يُرَدُّ الصَّدَاقُ الذى يُؤْخَذُ من الدَّاخِلِ بها على الذى دُفِعَتْ إليه ؛ وذلك لأَنَّ الصَّداقَ فى مُقابلةِ الاسْتِمتاعِ بها ، فكان لها دون زَوْجِها ، كما لو وُطِئَتْ بشُبْهةٍ أو مُكْرَهةً . ولا يحْتاجُ هذا النِّكاحُ الثانى إلى فَسْخٍ ؛ لأَنَّه باطلٌ . ولا يَجِبُ لها المَهْرُ إلَّا بالوطءِ ، دون مُجَرَّدِ الدُّخولِ والوَطْءِ دُونَ الفَرْجِ ؛ لأَنَّه نكاحٌ باطلٌ لا حُكْمَ له . ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأَنَّه يجبُ بالإِصابةِ لا بالتَّسْمِيةِ . وذكَر أبو بكرٍ أَنَّ الواجِبَ المُسَمَّى . قال القاضى : هو قِياسُ المَذْهبِ . والأَوَّلُ [٨]هو الصَّحيحُ[٨] ؛ لما قُلْناه . واللهُ أعلمُ .

---

(١) فى ب ، م : « بعض » .
(٢) فى ا زيادة : « من » .
(٣ - ٣) فى الأصل : « للثانى » .
(٤) فى م : « شبهة » .
(٥) سقط من : الأصل .
(٦) فى ا ، ب ، م : « المهر » .
(٧) فى الأصل : « المسيس » .
(٨ - ٨) فى ب ، م : « أصح » .

١١٢٩ ــ مسألة ؛ قال : (فَإِنْ جُهِلَ[١] الأَوَّلُ مِنْهُمَا ، فُسِخَ النِّكَاحَانِ)

٢٩/٧و وجملةُ ذلك أنَّه إذا جُهِلَ الأَوَّلُ منهما ، فلا فَرْقَ بين أن / لا يُعْلَمَ كَيْفِيَّةُ وُقوعِهِما ، أو يُعْلَمَ أنَّ أحَدَهما قَبْلَ الآخَرِ لا بِعَيْنِه ، أو يُعْلَمَ بعَيْنِه ثم يُشَكَّ[٢] ، فالحكمُ فى جَمِيعِها واحدٌ ، وهو أن يَفْسَخَ الحاكمُ النِّكاحَيْنِ جميعا . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايةِ الجماعةِ . ثم تَتَزَوَّجُ مَنْ شاءت منهما أو من غيرِهما . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ . وعن أحمدَ روايةٌ أُخْرَى ، أنَّه يُقْرَعُ بينهما ، فمَن تَقَعُ له القُرْعةُ أُمِرَ صاحِبُه بالطَّلاقِ ، ثم يُجَدِّدُ القارِعُ نِكاحَه ، فإن كانت زَوْجَتَه[٣] ، لم يُضِرْهُ تَجْدِيدُ النِّكاحِ شيئا ، وإن كانت زَوْجةَ الآخَرِ ، بانَتْ منه[٤] بطَلاقِه ، وصارت زَوْجةَ هذا بعَقْدِه الثانى ؛ لأنَّ القُرْعَةَ تَدْخُلُ بِتَمَيُّزِ[٥] الحُقُوقِ[٦] عندَ التَّساوِى ، كالسَّفَرِ بإحدى نِسائِه ، والبَداءةِ بالمَبِيتِ عند إحْداهُنَّ ، وتَعْيِينِ الأنْصِباءِ فى القِسْمةِ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ : يُجْبِرُهُما السُّلْطانُ على أن يُطَلِّقَ كلُّ واحدٍ منهما طَلْقةً ، فإن أبَيا فَرَّقَ بينهما . وهذا قريبٌ من قَوْلِنا الأَوَّلِ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ إمْضاءُ العَقْدِ الصحيحِ ، فوَجَبَ إزالةُ الضَّرَرِ بالتَّفْرِيقِ . وقال الشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : النِّكاحُ مَفسوخٌ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ إمضاؤُه . وهذا لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ العقدَ الصحيحَ لا يَبْطُلُ بمُجَرَّدِ إشْكالِه ، كما لو اخْتلَفَ المُتَبايِعانِ فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، فإنَّ العَقْدَ لا يَزُولُ إلَّا بفَسْخِه ، كذا هٰهُنا . [٧]وقد رُوِىَ[٧] عن شُرَيْحٍ ، وعمرَ بن عبدِ العزيزِ ، وحَمَّادِ بن أبى سليمان ، أنَّها تُخَيَّرُ ، فأيُّهما اخْتارَتْه فهو زَوْجُها . وهذا غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ أحدَهما ليس بزَوْجٍ لها ، فلم تُخَيَّرْ بينهما ، كما لو لم يَعْقِدْ إلَّا أحدُهما ، أو[٨] كما لو أشْكَلَ على الرَّجُلِ

---

(١) فى ا ، ب زيادة : « من » .

(٢) فى الأصل ، ا ، ب : « تشكك » .

(٣) فى الأصل : « زوجه » .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) فى م : « التمييز » .

(٦) فى م : « بالحقوق » .

(٧ - ٧) فى الأصل ، ا : « وروى » .

(٨) سقط من : م .

امْرَأَتَه فى النِّساءِ ، أو على المرأةِ زَوْجُها ، إلَّا أن يُرِيدُوا بقَوْلِهم أنَّها إذا اخْتارَتْ أحَدَهُما ، فُرِّقَ بينها وبين الآخَرِ ، ثم عَقَدَ المُخْتارُ نِكاحَها . فهذا حَسَنٌ[9] ، فإنَّه يُسْتَغْنَى بالتَّفْرِيقِ بينها وبين أحَدِهما ، عن التَّفرِيقِ بَيْنَها وبينهما جميعًا ، وبفَسْخِ أحدِ النِّكاحَيْنِ عن فَسْخِهما . فإن أبَتْ أن تختارَ ، لم تُجْبَرْ . وكذلك يَنْبَغِى أنَّه إذا أُقْرِعَ بينهما ، فوَقَعَتِ القُرْعةُ لأحَدِهما ، لم تُجْبَرْ على نِكاحِه ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ أنَّه زَوْجُها ، فيتَعَيَّنُ إذًا فَسْخُ النِّكاحَيْنِ ، ولها أن تتزوَّجَ مَنْ شاءَتْ منهما أو مِن غيرِهما فى الحالِ ، إن كان قَبْلَ الدُّخولِ ، وإن كان أحَدُهما دَخَلَ بها ، لم تَنْكِحْ حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها من وَطْئِه .

فصل : فإن ادَّعَى كلُّ واحدٍ[10] منهما أنَّنِى السَّابقُ بالعَقْدِ ، ولا بَيِّنَةَ لهما ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما . وإن أقَرَّتِ المرأةُ لأحَدِهما ، لم يُقْبَلْ إقْرارُها . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال أصحابُ الشَّافعىِّ : يُقْبَلُ ، كما لو أقَرَّتِ ابْتِداءً . ولَنا ، أنَّ الخَصْمَ فى ذلك هو الزَّوْجُ الآخَرُ[11] ، فلم يُقْبَلْ إقْرارُها فى إبْطالِ حَقِّه ، كما لو أقَرَّتْ عليه / بطَلاقٍ . وإن ادَّعَى الزَّوْجانِ على المرأةِ أنَّها تَعْلَمُ السابقَ منهما ، فأنْكَرَتْ ، لم تُسْتَحْلَفْ ؛[12] لذلك . وقال أصحابُ الشافعىِّ : تُسْتَحْلَفُ[12] ، بِناءً منهم على أنَّ إقْرارَها مَقْبُولٌ . فإن فُرِّقَ بينها وبين أحَدِهما ، لِاخْتِيارِها لصاحِبِه ، أو لوُقُوعِ القُرْعةِ له ، وأقَرَّتْ له أنَّ عَقْدَه سابقٌ ، فيَنْبَغِى أن يُقْبَلَ إقْرارُها ؛ لأنَّهما اتَّفَقَا على ذلك من غيرِ خَصْمٍ مُنازِعٍ ، فأشْبَهَ ما لو لم يَكُنْ صاحبَ عَقْدٍ آخَرَ .

٧/٢٩ظ

فصل : وإن عُلِمَ أنَّ العَقْدَيْنِ وَقَعَا معًا ، لم يَسْبِقْ أحَدُهما الآخَرَ ، فهما باطِلانِ ، لا حاجةَ إلى فَسْخِهما ؛ لأنَّهما باطِلانِ من أصْلِهما ، ولا مَهْرَ لها على واحدٍ منهما ، ولا

---

(٩) فى الأصل ، ا : « أحسن » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى الأصل ، ب ، م : « الأخير » .

(١٢ - ١٢) سقط من الأصل . نقل نظر .

مِيراثَ لها منهما ، ولا يَرِثُها واحدٌ منهما ؛ لذلك[١٣] وإن لم يُعْلَمْ ذلك فَفُسِخَ[١٤] نِكاحُهُما ، فرُوِىَ عن أحمدَ أنَّه يَجبُ لها نِصفُ المَهْرِ ، ويَقْتَرِعانِ عليه ؛ لأنَّ عَقْدَ أحَدِهِما صَحِيحٌ ، وقد انْفَسَخَ نِكاحُه قبلَ الدُّخولِ ، فوَجَبَ عليه نِصْفُ مَهْرِها ، كما لو خالَعَها . وقال أبو بكرٍ : لا مَهْرَ لها ؛ لأنَّهما مُجْبَرانِ على الطَّلاقِ ، فلم يَلْزَمْهُما مَهْرٌ ، كما لو فَسَخَ الحاكمُ نِكاحَ رَجُلٍ لِعُسْرِه[١٥] أو عُنَّتِه[١٦] . وإن ماتت قبلَ الفَسْخِ والطَّلاقِ ، فلأحَدِهما نِصْفُ مِيراثِها ، فيُوقَفُ الأمْرُ حتى يَصْطَلِحَا عليه . ويَحْتَمِلُ أن يُقْرَعَ بينهما ، فمن خَرَجَتْ له القُرْعةُ ، حَلَفَ أنَّه المُسْتَحِقُّ ووَرِثَ . وإن مات الزَّوْجانِ ، فلها رُبْعُ مِيراثِ أحَدِهما . فإن كانتْ قد أقَرَّتْ أنَّ أحَدَهُما سابقٌ بالعَقْدِ ، فلا مِيراثَ لها من الآخَرِ ، وهى تَدَّعِى رُبْعَ مِيراثِ مَنْ أقَرَّتْ له . فإن كان قد ادَّعَى ذلك[١٧] أيضا ، دَفَعَ إليها رُبْعَ مِيراثِه ، وإن لم يكُنِ ادَّعَى ذلك ، وأنْكَرَ الوَرَثةُ ، فالقولُ قولُهم مع أيْمانِهِم ، فإن نَكَلُوا قُضِىَ عليهم . وإن لم تكُنِ المرأةُ أقَرَّتْ بسَبْقِ أحَدِهما ، احْتَمَلَ أن يَحْلِفَ وَرَثةُ كلِّ واحدٍ منهما ويَبْرَأَ ، واحْتَمَلَ أن يُقْرَعَ بينهما ، فمَن خَرَجَتْ قُرْعَتُه فلها رُبْعُ مِيراثِه . وقد رَوَى حَنْبَلٌ عن[١٨] أحمدَ ، فى رَجُلٍ له ثلاثُ بناتٍ ، زَوَّجَ إحْداهُنَّ من رَجُلٍ ، ثم مات الأبُ ، ولم يُعْلَمْ أيَّتَهُنَّ[١٩] زَوَّجَ : يُقْرَعُ بينهنَّ ، فأيَّتُهُنَّ أصابَتْها القُرْعةُ فهى زَوْجَتُه ، وإن مات الزَّوْجُ فهى التى تَرِثُه . واللهُ أعلم .

فصل : وإن ادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما أنَّه السَّابِقُ ، فأقَرَّتْ لأحَدِهما ، ثم فُرِّقَ بينهما ،

---

(١٣) فى ا ، ب ، م : « كذلك » .

(١٤) فى ب ، م : « فسخ » .

(١٥) فى الأصل ، ا : « لعسر به » .

(١٦) فى الأصل ، ا : « عيبه » .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) فى م : « على » .

(١٩) فى الأصل : « أيهن » .

وقُلْنا بوُجُوبِ المَهْرِ ، وَجَبَ على المُقَرِّ له دون صاحِبه ؛ لإقرارِه لها به ، وإقْرارِها ببَراءةِ صاحِبه . وإن ماتا ، وَرِثَتِ المُقَرَّ له دُونَ صاحِبه ؛ لذلك[20] . وإن ماتتْ هى قَبْلَهُما ، احْتَمَلَ أن يَرِثَها المُقَرُّ له كما تَرِثُه ، واحْتَمَلَ أن لا يُقْبَلَ إقرارُها له ، كما لم تَقْبَلْه فى نَفْسِها . وإن لم تُقِرَّ لأحَدِهما إلَّا بعدَ مَوْتِه ، فهو كما لو أقَرَّتْ فى حَياتِه . وليس لوَرَثةِ[21] واحِدٍ منهما الإنْكارُ لِاسْتِحقاقِها ؛ لأنَّ مَوْرُوثَه قد أقَرَّ لها بدَعْواه صِحّةَ نِكاحِها وسَبْقَه بالعَقْدِ عليها . وإن لم تُقِرَّ لواحِدٍ منهما ، أُقْرِعَ / بينهما ، وكان لها مِيراثُ مَنْ تَقَعُ عليه القُرْعةُ . وإن كان أحَدُهما قد أصَابَها ، فإن كان هو المُقَرَّ له ، أو كانت لم تُقِرَّ لواحِدٍ منهما ، فلها المُسَمَّى ؛ لأنَّه مُقِرٌّ لها به ، وهى لا تَدَّعِى سِوَاه ، وإن كانت مُقِرَّةً للآخَرِ ، فهى تَدَّعِى مَهْرَ المِثْلِ ، وهو يُقِرُّ لها بالمُسَمَّى . [22]فإن اسْتَوَيا[22] أو اصْطَلَحا ، فلا كلامَ ، وإن كان مَهْرُ المِثْلِ أكْثَرَ ، حَلَفَ على الزائِدِ ، وسَقَطَ . وإن كان المُسَمَّى أكثرَ ، فهو مُقِرٌّ لها بالزِّيادةِ ، وهى تُنْكِرُها ، فلا تَسْتَحِقُّها . واللهُ أعلم .

٣٠/٧و

فصل : وإن ادَّعَى زَوْجِيَّةَ امْرأةٍ ابْتِداءً ، فأقَرَّتْ له بذلك ، ثَبَتَ النِّكاحُ وتوارَثا . وقال أبو الخَطَّابِ : فى ذلك رِوَايتانِ ، والصَّحيحُ أنّه مَقْبُولٌ ؛ لأنَّها رَشِيدةٌ أقَرَّتْ بعقْدٍ ، يَلْزَمُها حُكْمُه ، فقُبِلَ إقْرارُها ، كما لو أقَرَّتْ أنَّ وَلِيَّها باعَ أمَتَها قبلَ بُلُوغِها ، [23]فإن أنْكَرَ[23] أبُوها تَزْوِيجَها ، لم يُقْبَلْ إنكارُه ؛ لأنَّ الحَقَّ على غيرِه وقد أقَرَّ به . وكذلك لو ادَّعَى أنَّه تَزَوَّجَ امرأةً بوَلِيٍّ وشاهِدَيْنِ عَيَّنَهُما ، فأقَرَّتِ المرأةُ بذلك ، وأنْكَرَ الشَّاهدانِ ، لم يُلْتَفَتْ إلى إنْكارِهِما ؛ لأنَّ الشَّهادةَ إنَّما يُحتاجُ إليها مع الإنْكارِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يُقْبَلَ إقرارُها مع إنْكارِ أبِيها ؛ لأنَّ تَزْوِيجَها إليه دونَها . فإن ادَّعَى نِكاحَها ، فلم تُصَدِّقْه حتى ماتَتْ ، لم يَرِثْها . وإن مات قَبْلَها ، فاعْتَرَفَتْ بما قال ، وَرِثَتْه ؛ لكمالِ الإقْرارِ منهما

---

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « كذلك » .

(٢١) فى ا ، ب ، م زيادة : « كل » .

(٢٢ – ٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣ – ٢٣) فى ا ، ب ، م : « فأنكر » .

بتَصْدِيقِها . وكذلك لو أقَرَّتِ المرأةُ دُونَه ، فمات قبلَ أن يُصَدِّقَها ، لم تَرِثْه . وإن ماتت فصَدَّقَها ، وَرِثَها ؛ لما ذَكَرْنا .

١١٣٠ ــ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ)

أجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّه ليس للعَبْدِ أن يَنْكِحَ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، فإنْ نَكَحَ لم يَنْعَقِدْ[١] نِكاحُه ، فى قولِهم جميعًا . وقال ابنُ المنذرِ : أجْمَعُوا على أنَّ نِكاحَه باطلٌ . والصوابُ ما قُلْنا ، إن شاءَ اللهُ ؛ فإنَّهم اختلَفُوا فى صِحَّتِه ، فعن أحمدَ فى ذلك رِوايتانِ ؛ أظْهَرُهُما ، أنَّه باطلٌ . وهو قولُ عثمانَ ، وابنِ عمرَ . وبه قال شُرَيْحٌ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّه مَوْقُوفٌ على إجَازةِ السَّيِّدِ ، فإن أجازَه جازَ ، وإن رَدَّه بَطَلَ . وهو قولُ أصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ يَقِفُ على الفَسْخِ ، فوَقَفَ على الإجازةِ ، كالوَصِيَّةِ . ولَنا ، ما رَوَى جابرٌ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إذْنِ مَوَالِيهِ ، فَهُوَ عَاهِرٌ » . رَوَاه الأثْرَمُ ، [٢]وأبو دَاوُدَ[٢] ، وابنُ ماجَه[٣] . ورَوَى الخَلَّالُ ، بإسْنادِه عن مُوسَى بن عُقْبَةَ ، عن نافِعٍ ، عن ابنِ عمرَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « أَيُّما عَبْدٍ تَزَوَّجَ بغيرِ إذْنِ مَوَالِيهِ ، فَهُوَ زَانٍ »[٤] . قال حَنْبَلٌ : ذَكَرْتُ هذا الحديثَ / لأبى عبدِ اللهِ ، ٧/٣٠ظ

---

(١) فى الأصل ، ب : « ينفذ » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه عن جابر ، أبو داود ، فى : باب فى نكاح العبد بغير إذن مواليه ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٠ .

كما أخرجه عنه ، الترمذى ، فى : باب ما جاء فى نكاح العبد بغير إذن سيده ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٣١ . والدارمى ، فى : باب فى العبد يتزوج بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٠١ ، ٣٧٧ .

أما ابن ماجه فقد رواه عن ابن عمر ، فى : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٠ .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٠ . والدارمى ، فى : باب فى العبد يتزوج بغير إذن من سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٢ .

فقال : هذا حَدِيثٌ مُنْكَرٌ . ورُوِىَ[٥] أيضا عن ابن عمرَ[٦] مَوْقُوفًا عليه من قولِهِ[٧] . ولأنَّه نِكاحٌ فَقَدَ شَرْطَه ، فلم يَصِحَّ كما لو تَزَوَّجَها بغيرِ شُهُودٍ .

١١٣١ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ دَخَلَ بِهَا ، فَعَلَى سَيِّدِه خُمْسَا الْمَهْرِ . كَمَا قَالَ عُثْمَانُ [١]بْنُ عَفَّانَ[١] ، رَضِىَ اللهُ عَنْهُ ، إِلَّا أَنْ يُجَاوِزَ الخُمْسَانِ قِيمَتَهُ ، فَلَا يَلْزَمُ سَيِّدَهُ أَكْثَرُ مِنْ قِيمَتِهِ ، أو يُسَلِّمُهُ)

فى هذه المسألة خمسةُ فصولٍ :

الأوَّل : فى وُجُوبِ المَهْرِ ، وله حالان ؛ أحدُهما ، أن لا يَدْخُلَ بها ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّه عَقْدٌ باطِلٌ ، فلا يُوجِبُ بمُجَرَّدِه شيئا ، كالبَيْعِ الباطِلِ . وهكذا سائرُ الأنْكِحةِ الفاسِدَةِ ، لا تُوجِبُ بمُجَرَّدِها شيئا . الحال الثانى ، أن يُصِيبَها ، فالصحيحُ فى[٢] المَذْهَبِ أنَّ المَهْرَ يَجِبُ . رواه عنه جماعةٌ . ورَوَى عنه حَنْبلٌ ، أنَّه لا مَهْرَ لها إذا تَزَوَّجَ العَبْدُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه . وهذا يُمْكِنُ حَمْلُه على ما قَبْلَ الدُّخُولِ ، فيكونُ موافِقًا لروايةِ الجماعةِ ، ويُمْكِنُ حَمْلُه على عُمُومِه فى عَدَمِ الصَّدَاقِ . وهو قولُ ابنِ عمرَ . رَوَاه الأثْرَمُ ، عن نافِعٍ ، قال : كان إذا تَزَوَّجَ مَمْلُوكٌ لابنِ عمرَ بغيرِ إذْنِه ، جَلَدَه الحَدَّ ، وقال للمرأةِ : إنَّكِ أَبَحْتِ فَرْجَكِ . وأبْطَلَ صَدَاقَها[٣] . ووَجْهُه أنَّه وَطِئَ امْرأةً مُطاوِعةً فى غيرِ نِكاحٍ صحيحٍ ، فلم يَجِبْ به مَهْرٌ ، كالمُطاوِعةِ على الزِّنَى . قال القاضى : هذا إذا كانا عالِمَيْنِ بالتَّحْرِيمِ ، فأمَّا إن جَهِلَتِ المرأةُ ذلك ، فلها المَهْرُ ؛ لأنَّه لا يَنْقُصُ عن وَطْءِ

---

(٥) فى ا ، ب ، م : « ورواه » .

(٦) فى م : « أبى عمر » . خطأ .

(٧) انظر : سنن أبى داود ، الموضع السابق .

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) فى م : « من » .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح العبد بغير إذن مالكه ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٧ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من كره للعبد أن يتزوج بغير إذن سيده وقال : إن تزوج فهو عاهر ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٦١ ، ٢٦٢ . وسعيد بن منصور ، فى : باب العبد يتزوج بغير إذن سيده . السنن ١ / ٢٠٧ .

الشُّبهةِ ، ويُمْكِنُ حَمْلُ هذه الرِّوايةِ على أنَّه لا مَهْرَ لها فى الحالِ ، بل يَجِبُ فى ذِمَّةِ العَبْدِ يُتْبَعُ[٤] به بعدَ العِتْقِ . وهو قولُ الشافعىِّ الجديدُ ؛ لأنَّ هذا حَقٌّ لَزِمَ[٥] برِضَى مَنْ له الحَقُّ ، فكان مَحلُّه الذِّمَّة ، كالدَّيْنِ . والصَّحيحُ أن المَهْرَ واجبٌ ؛ لقولِه عليه السلام : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَها بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّها ، فنِكَاحُها بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا »[٦] . وهذا قد اسْتَحَلَّ فَرْجَها ، فيكونُ مَهْرُها عليه ، ولأنَّه اسْتَوْفَى مَنافِعَ البُضْعِ باسْمِ النِّكاحِ ، فكان المَهْرُ واجبًا ، كسائرِ الأنْكِحَةِ الفاسدةِ .

الفصل الثانى : أن المَهْرَ يتعلَّقُ برَقَبَتِه ، يُباعُ فيه إلَّا أن[٧] يَفْدِيَهُ السَّيِّدُ . وقد ذكَرْنا احتمالًا آخرَ ، أنَّه يتعلَّقُ بذِمَّةِ العَبْدِ . والأوَّلُ أظْهَرُ[٨] ؛ لأنَّ[٩] الوَطْءَ أُجْرِىَ مُجْرَى الجِنايةِ المُوجِبَةِ للضَّمانِ بغير إذْنِ المَوْلَى ، ولذلك وَجَبَ المَهْرُ هٰهُنا ، وفى سائرِ الأنْكِحةِ الفاسدةِ ، ولو لم تَجْرِ مَجْرَاها ما وَجَبَ شىءٌ ؛ لأنَّه بِرِضَى المُسْتَحِقِّ . واللهُ أعلمُ .

٣١/٧و **الفصل الثالث** : أنَّ الواجبَ من المَهْرِ خُمْساه . وهو قولُ عثمانَ بن عَفَّان ، / رَضِىَ اللهُ عنه . وعَمِلَ به أبو مُوسَى . وعن أحمدَ ، أنَّها إن عَلِمَتْ أنَّه عَبْدٌ ، فلها خُمْسَا المَهْرِ ، وإن[١٠] لم تَعْلَمْ ، فلها المَهْرُ فى رَقَبةِ العَبْدِ . وعنه أنَّ الواجبَ مَهْرُ المِثْلِ . وهو قولُ أكْثَرِ الفقهاءِ ؛ لأنَّه وَطْءٌ يُوجِبُ المَهْرَ ، فأوْجَبَ مَهْرَ المِثْلِ بكمالِه ، كالوَطْءِ فى

---

(٤) فى م : « تنتفع » .

(٥) فى م : « لزمه » .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٥ .

(٧) سقط من : م .

(٨) فى الأصل : « أصح وأظهر » .

(٩) فى م : « إلا أن » .

(١٠) فى الأصل ، ا ، م : « وإذا » .

النِّكاحِ بلا وَلِيٍّ ، وفى سائرِ الأنْكِحَةِ الفاسدةِ . ووَجْهُ الأُولَى ما رَوَى الإمامُ أحمدُ ، بإسْنادِهِ عن خِلَاسٍ[11] ، أن غُلامًا لأبى مُوسَى تزَوَّجَ بمَوْلَاةِ تيجانَ التَّيْمِىِّ ، بغيرِ إذْنِ أبى مُوسَى ، فكَتَبَ فى ذلك إلى عُثمانَ [12]بنِ عَفَّانَ[12] ، فكَتَبَ إليه عثمانُ[13] ، أن فَرِّقْ بينهما ، وخُذْ لها الخُمْسَيْنِ من صَدَاقِها . وكان صَدَاقُها خَمْسةَ أبْعِرَةٍ[14] . ولأنَّ المَهْرَ أحَدُ مُوجِبَيِ الوَطْءِ ، فجازَ أن يَنْقُصَ العَبْدُ فيه عن الحُرِّ كالحَدِّ[15] ؛ أو أحَدُ العِوَضَيْنِ فى النِّكاحِ ، فيَنْقُصُ[16] العَبْدُ ، كعَدَدِ المَنْكُوحاتِ .

الفصل الرابع : أنَّه يَجِبُ خُمْسَا المُسَمَّى ؛ لأنَّه صار فيه إلى قِصَّةِ عُثمانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وظاهِرُها أنَّه أوْجَبَ خُمْسَىِ المُسَمَّى ، ولهذا قال : وكان صَداقُها خَمْسةَ أبْعِرَةٍ . ولأنَّه لو اعْتَبَرَ مَهْرَ المِثْلِ أوْجَبَ جَمِيعَه ، كسائرِ قِيَمِ المُتْلَفاتِ ، ولأَوْجَبَ القِيمةَ ، وهى الأثْمانُ دون الأبْعِرَةِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه[17] يَجِبُ خُمْسَا مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه عِوَضٌ عن جِنايةٍ ، فكان المَرْجِعُ فيه إلى قِيمَةِ المَحَلِّ ، كسائرِ أُرُوشِ الجِناياتِ ، وقِيمَةُ المَحَلِّ مَهْرُ المِثْلِ .

الفصل الخامس : أنَّ الواجِبَ إن كان زائدًا على قِيمةِ العَبْدِ ، لم تَلْزَمِ السَّيِّدَ الزِّيادةُ ؛ لأنَّ الواجِبَ عليه ما يُقابِلُ قِيمةَ العَبْدِ ؛ بدليلِ أنَّه لو سَلَّمَ العَبْدَ لم يَلْزَمْه شىءٌ ، فإذا أعْطَى

---

(11) فى النسخ : « حلاس » . وهو خلاس بن عمرو الهجرى البصرى ، تابعى ثقة ، توفى قبيل المائة . تهذيب التهذيب ٣/١٧٦–١٧٨ .

(١٢–١٢) سقط من : م .

(13) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(14) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب نكاح العبد بغير إذن سيده ، من كتاب الطلاق المصنف ٧/٢٤٣ ، ٢٤٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى العبد يتزوج بغير إذن مولاه فيعطى الصداق فيعلم به ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٥٩ ، ٢٦٠ .

(15) فى ا ، م زيادة : « فيه » .

(16) فى الأصل : « فنقص » .

(17) فى الأصل : « أن » .

القِيمةَ فقد أعْطَى ما يُقابِلُ الرَّقَبَةَ ، فلم تَلْزَمْه زِيادةٌ عليه . وإن كان الواجِبُ أقَلَّ من قِيمةِ العَبْدِ ، لم يَلْزَمْه أكثرُ من ذلك ؛ لأنَّه أرْشُ الجنايةِ ، فلا يَجِبُ عليه أكثرُ منها ، والْخِيَرَةُ فى تَسْلِيمِ العَبْدِ وفِدَائِه إلى السَّيِّدِ . وهذا قد ذَكَرْناه فى غيرِ هذا المَوْضِعِ بأبْيَنَ مِن هذا .

فصل : إذا أذِنَ السَّيِّدُ لعَبْدِه فى تَزْوِيجِه بمُعَيَّنةٍ ، أو من بَلَدٍ مُعَيَّنٍ ، أو من جِنْسٍ مُعَيَّنٍ ، فنَكَحَ غيرَ ذلك ، فنِكاحُه فاسِدٌ ، والحكمُ فيه كما ذكَرْنا . وإن أذِنَ له فى تزويجٍ صَحِيحٍ ، فنَكَحَ نِكاحًا فاسدًا ، فكذلك ؛ لأنَّه غيرُ مأذُونٍ له فيه . وإن أذِنَ له فى النِّكاحِ ، وأطْلَقَ ، فنَكَحَ نِكاحًا فاسِدًا ، احْتَمَلَ أن يكونَ كذلك ؛ لأنَّ الإذْنَ فى النِّكاحِ لا يَتناولُ الفاسِدَ ، واحْتَمَلَ أن يَتناوَلَه إذْنُه ؛ لأنَّ اللَّفْظَ بإطْلاقِه يتناوَلُه . وإن أذِن له فى نِكاحٍ فاسِدٍ ، وحَصَلَتِ الإصابةُ فيه ، فعلى سَيِّدِه جميعُ المَهْرِ ؛ لأنَّه / بإذْنِه . واللهُ أعلم . ٣١/٧ظ

١١٣٢ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَ الْأَمَةَ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ ، فَأَصَابَهَا ، وَوَلَدَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَفْدِيَهُم ، والْمَهْرُ الْمُسَمَّى ، وَيَرْجِعُ[1] بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا إِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ الْإِمَاءَ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ ، فَرَضِيَ بِالْمُقَامِ ، فَمَا وَلَدَتْ بَعْدَ الرِّضَى فَهُوَ رَقِيقٌ)

فى هذه المسألة ستةُ فُصُولٍ :

أحدها : أنَّ النِّكاحَ لا يَفْسُدُ بالغُرُورِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . وقال الشافعىُّ فى أحَدِ قَوْلَيْه : يَفْسُدُ ؛ لأنَّه عَقَدَ على حُرَّةٍ ، ولم يُوجَدْ ، فأشْبَهَ ما لو قال : بِعْتُكَ هذا الفَرَسَ . فإذا هو حِمارٌ . ولَنا ، أنَّ المَعْقُودَ عليه فى النِّكاحِ الشَّخْصُ دُونَ الصِّفاتِ ، فلا يُؤَثِّرُ عَدَمُها فى صِحّتِه ، كما لو قالَ : زَوَّجْتُكَ هذه البيضاءَ . فإذا هى سَوْداءُ . أو هذه الحَسْناءَ . فإذا هى شَوْهاءُ . وكذا يقولُ فى الأصْلِ الذى ذَكَرَه : إنَّ العَقْدَ[2] صَحِيحٌ ؛ لأنَّ

---

(١) فى الأصل : « فيرجع » .

(٢) فى م زيادة : « الذى ذكروه » .

المَعْقُودَ عليه العَيْنُ المُشارُ إليها . وإن سَلَّمْناه ، فالفَرْقُ بينهما من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ ثَمَّ فاتَتِ الذاتُ ، فإنَّ ذاتَ الفَرَسِ غيرُ ذاتِ الحِمارِ ، وهـٰهُنا اخْتَلَفا فى الصِّفَاتِ . والثانى ، أنَّ البَيْعَ يُؤَثِّرُ فيه فَوَاتُ الصِّفاتِ ، بدَلِيلِ أنَّه يُرَدُّ بفَوَاتِ أىِّ شىءٍ كان فيه نَفْعٌ منها ، والنكاحُ بخِلَافِه .

الفصل الثانى : أن أوْلادَه منها أحْرارٌ . بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه اعْتَقَدَ حُرِّيَّتَها . فكان أوْلادُه[3] أحْرارًا ؛ لاعْتقادِه ما يَقْتَضِى حُرِّيَّتَهُم ، كما لو اشْتَرَى أمَةً يَظُنُّها[4] مِلْكًا لبائِعِها ، فبانتْ مَغْصُوبةً بعدَ أن أوْلَدَها .

الفصل الثالث : أنَّ على الزَّوْجِ فِداءَ أوْلادِه . كذلك قَضَى عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عباسٍ ، رضى الله عنهم . وهو قولُ مالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ[5] ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أخرى ، ليس عليه فِداؤُهم ؛ لأنَّ الوَلَدَ يَنْعَقِدُ حُرَّ الأصْلِ ، فلم يَضْمَنْه لسَيِّدِ الأمَةِ ؛ لأنَّه لم يَمْلِكْه . وعنه أنَّه يُقالُ له : افْتَدِ[6] أوْلادَكَ ، وإلَّا فهم يَتْبَعُونَ الأُمَّ[7] . فظاهِرُ هذا أنَّه خَيَّرَه بين فِدَائِهم وبينَ تَرْكِهِم رَقِيقًا ؛ لأنَّهم رَقِيقٌ بحُكْمِ الأصْلِ ، فلم يَلْزَمْه فِداؤُهم ، كما لو وَطِئها وهو يَعْلَمُ رِقَّها . وقال الخَلَّالُ : اتَّفَقَ[8] عن أبى عبدِ الله أنَّه يَفْدِى وَلَدَه . وقال إسحاقُ عنه فى موضعٍ : إنَّ الوَلَدَ له ، وليس عليه أن يَفْدِيَهُم . وأحْسَبُه قولًا[9] أوَّلَ لأبى عبدِ الله . والصَّحيحُ أن عليه فِداءَهم ؛ لقَضَاءِ الصَّحابةِ رَضِىَ اللهُ عنهم به ، ولأنَّه نَماءُ الأمَةِ المَمْلُوكةِ ، فسَبِيلُه أن يكونَ مَمْلُوكا لمالِكِها . وقد فَوَّتَ رِقَّه باعْتِقادِ الحُرِّيَّةِ ، فلَزِمَه ضَمانُهم ، كما لو فَوَّتَ رِقَّهُم بفِعْلِه .

---

(٣) فى الأصل ، ا ، ب : « ولده » .

(٤) فى م : « يعتقدها ».

(٥) سقط من : م .

(٦) فى م : « افد » .

(٧) فى م : « أمهم » .

(٨) أى النقل .

(٩) فى ب : « أنه قول » .

وفى[10] فِدائِهِم ثلاثُ مَسائلَ ؛ الأُولَى ، فى وَقْتِه ، وذلك حيـنَ وَضْعِ الوَلَـدِ . قَضَى بذلك عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عباسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وهو قولُ الشافعىِّ . وقال أبو ثَوْرٍ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : يَضْمَنُهُم بقِيمَتِهِم يومَ الخُصُومةِ ؛ لأنَّه إنَّما يَضْمَنُهم بالمَنْعِ ، ولم يَمْنَعْهُم إلَّا حالَ الخُصُومةِ . ولَنا ، أنَّه مَحْكومٌ بحُرِّيَّته عندَ الوَضْعِ ، فوَجَبَ أن يَضْمَنَه حِينَئِذٍ[11] ؛ لأنَّه فات رِقُّه من حِينئذٍ ، ولأنَّ القِيمةَ التى تَزِيـدُ بعـدَ الوَضْعِ ، لم تكُنْ مَمْلوكةً لمالِكِ الأمَةِ ، فلم يَضْمَنْها ، كما بعدَ الخُصُومةِ . فإن قِيلَ : فقد كان مَحْكُومًا بحُرِّيَّته ، وهو جَنِينٌ[12] . قُلْنا : إلَّا أنَّه لم يُمْكِنْ تَضْمِينُه حينئذٍ ، لعَدَمِ قِيمَتِه والاطِّلاعِ عليه ، فأوْجَبْنا ضَمانَه فى أوَّلِ حالٍ أمْكَنَ[13] تَضْمِينُـه ، وهـو حالُ الوَضْعِ . المسألة الثانية ، فى صِفَةِ الفِداءِ ، وفيها ثلاثُ رِواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، بقِيمَتِهم . وهو قولُ أكثرِ الفقهاءِ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ ، قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكِهِ »[14] . ولأنَّ الحَيـوانَ من المُتَقَوَّمـاتِ ، لا مِنْ ذَوَاتِ[15] الأمْثـالِ ، فيَجِبُ ضَمانُه بقِيمَتِه ، كما لو أتْلَفَه . والثانية ، يَضْمَنُهُم بمِثْلِهِم عَبِيدًا ، الذَّكَرُ بذَكَرٍ ، والأُنْثَى بأُنْثَى ؛ لما رَوَى سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، قال : أَبَقَتْ جارِيةٌ لرَجُلٍ من العَرَبِ ، وانْتَمَتْ إلى بعضِ العَرَبِ ، فتزَوَّجَها رَجُلٌ من بَنِى عُذْرَةَ ، ثم إنَّ سَيِّدَها دَبَّ ، فاسْتاقَها واسْتاقَ وَلَدَها ، فاخْتَصَمُوا إلى عمـرَ [16]بن الخَطَّـابِ[16] ، رَضِىَ اللهُ عنـه ، فقَضَى للعُذْرِىِّ بفِداءِ وَلَدِه بغُرَّةٍ غُرَّةٍ ؛ مَكانَ كلِّ غُلَامٍ بغُلَامٍ[17] ، ومَكانَ كلِّ جارِيةٍ بجارِيةٍ ،

٣٢/٧و

---

(١٠) سقطت الواو من : م .

(١١) سقط من : ب ، م .

(١٢) فى ب ، م : « حين » .

(١٣) فى م : « يمكن » .

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٧ / ٣٦٢ .

(١٥) فى ا : « ذوى » .

(١٦ – ١٦) سقط من : م .

(١٧) سقط من : م .

وكان عمرُ يُقَوِّمُ الغُرَّةَ على أهلِ القُرَى ومَنْ لم يَجِدْ غُرَّةً سِتِّينَ دِينارًا . ولأَنَّ وَلَدَ المَغْرُورِ حُرٌّ ، فلا يُضْمَنُ بقِيمَتِه كسائرِ الأَحْرارِ . فعلى هذه الرِّواية يَنْبَغِى أن يُنْظَرَ إلى مِثْلِهم فى الصِّفاتِ تقريبًا ؛ لأَنَّ الحيوانَ ليس من ذَواتِ الأَمْثالِ . ويَحْتَمِلُ أن يَجبَ مِثْلُهُم فى القِيمةِ . وهو قولُ أبى بكرٍ . والثالثة ، هو مُخيَّرٌ بين فِدائِهم بمِثْلِهم أو قِيمَتِهم . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ المَيْمُونِىِّ : إمَّا القِيمةُ أو رَأسٌ برَأسٍ ؛ لأَنَّهما جميعا يُرْوَيانِ عن عمرَ ، ولكن لا أدْرِى أىَّ الإِسْنادَيْنِ أقْوَى . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ . وقال فى « المُقْنِعِ » : الفِدْيَةُ (١٨ غُرَّةٌ(١٩) بقَدْرِ القِيمةِ١٨) أو القِيمَة ، وأيُّهما(٢٠) أعْطَى أجْزَأَه(٢١) . ووَجْهُ ذلك أنَّه تَرَدَّدَ بين الجَنِينِ الذى يُضْمَنُ بغُرَّةٍ ، وبين إلْحاقِه بغيرِه من المَضْموناتِ ، فاقْتَضَى التَّخْيِيرَ بينهما . والصحيحُ أنَّه يُضْمَنُ بالقِيمةِ ، كسائرِ المَضْمُوناتِ المُتقَوَّماتِ . وقولُ عمرَ قد اخْتُلِفَ عنه(٢٢) فيه ، قال أحمدُ ، فى رِوايةِ أبى طالبٍ : وعليه قِيمَتُهُم مثل قولِ عمرَ . وإذا تعارَضَتِ الرِّواياتُ عنه ، وَجَبَ الرُّجُوعُ إلى القِيَاسِ . المسألة الثالثة : فى مَن يُضْمَنُ منهم ، وهو مَنْ وُلِدَ / حَيًّا لِوَقْتٍ يعيشُ لمِثْلِه ، سواءٌ عاشَ أو ماتَ بعدَ ذلك . ٣٢/٧ ظ
وقال مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : لا ضَمانَ على الأبِ لمن ماتَ منهم قبلَ الخُصُومةِ . وهذا مَبْنِىٌّ(٢٣) على وَقْتِ الضمانِ ، وقد ذكَرْناه . فأمَّا السَّقْطُ ، ومَنْ وُلِدَ لِوَقْتٍ لا يَعِيشُ لمِثْلِه(٢٤) ، وهو دون سِتَّةِ أشْهُرٍ ، فلا ضَمانَ له(٢٥) ؛ لأنَّه لا قِيمةَ له .

(١٨ – ١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) فى م زيادة : « بغرة » .

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « وأيها » .

(٢١) فى الأصل ، ا : « أجزأ » .

(٢٢) سقط من : الأصل

(٢٣) فى الأصل ، ب : « ينبنى » .

(٢٤) فى ب ، م : « فى مثله » .

(٢٥) سقط من : ا ، ب ، م .

الفصل الرابع : فى المَهْرِ ، ولا يَخْلُو من[26] أن يكونَ ممَّن يَجُوزُ له نِكَاحُ الإِمَاءِ أو لا ؛ فإن كان ممَّن يجوزُ له نِكاحُ الإماءِ ، وقد نَكَحَها نِكاحًا صحيحًا ، فلها المُسَمَّى ، وإن لم يَدْخُلْ بها واختارَ الفَسْخَ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ تَعَذَّرَ من جِهَتِها ، فهى كالمَعِيبةِ يُفْسَخُ نِكَاحُها . وإن كان ممَّن لا يجوزُ له نِكاحُ الإمَاءِ ، فالعَقْدُ فاسدٌ من أصْلِه ، ولا مَهْرَ فيه قبل الدُّخولِ . فإنْ دَخَلَ بها ، فعليه مَهْرُها . وهل يجبُ المُسَمَّى أو مَهْرُ المِثْلِ ؟ على روايتَيْنِ ، ذكَرْناهما فيما مضى . وكذلك إن كان ممَّن يجوزُ له نِكاحُ الإمَاءِ ، لكن تَزَوَّجَها بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، أو نحو[27] ذلك مما يَفْسُدُ به النِّكاحُ .

الفصل الخامس : أنَّه يَرْجِعُ بما غَرِمَه على مَن غَرَّه ، من[28] المَهْرِ وقِيمةِ الأوْلادِ . هذا اخْتيارُ[29] الْخِرَقِىِّ ، وروايةٌ عن أحمدَ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : كذلك قَضَى عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عباسٍ . وبه قال الشافعىُّ فى القديمِ . والروايةُ الأُخْرَى ، لا يَرْجِعُ بالمَهْرِ . وهو اختيارُ أبى بكرٍ . قال : وهو قولُ علىٍّ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ فى الجديدِ ؛ لأنَّه وَجَبَ عليه فى مُقابَلَةِ نَفْعٍ وَصَلَ إليه ، وهو الوطءُ ، فلم يَرْجِعْ به[30] ، كما لو اشْتَرَى مَغْصُوبًا فأكَلَه ، بخلافِ قِيمةِ الوَلَدِ ، فإنَّها[31] لم تَحْصُلْ فى مُقَابلةِ[32] عِوَضٍ ؛ لأنَّها وَجَبَتْ بحُرِّيَّةِ الوَلَدِ ، وحُرِّيةُ الولدِ للوَلدِ لا لأَبِيه . قال

---

(26) سقط من : م .

(27) فى الأصل : « ونحو » .

(28) فى ا ، م : « فى » .

(29) فى م : « اختاره » .

(30) سقط من : الأصل .

(31) فى الأصل ، ب : « فإنه » .

(32) فى ب : « مقابلته » .

القاضى : والمذهبُ أنّه يَرْجِعُ بالمَهْرِ ؛ لأنّ أحمدَ قال : كنتُ أذهبُ إلى حديثِ علىٍّ ، ثم كأنِّى هِبْتُه ، وكأنى أميلُ إلى حديثِ عمرَ . يعنى فى الرُّجُوعِ . ولأنّ العاقدَ ضَمِنَ له سلامةَ الوَطْءِ ، كما ضَمِنَ له سلامةَ الوَلَدِ ، فكما يَرْجِعُ عليه بقيمةِ الولدِ كذلك يرجعُ بالمَهْرِ . قال(٣٣) : وعلى هذا الأصلِ يَرْجِعُ بأُجْرةِ الخِدْمةِ إذا غَرِمَها ، كما يرجعُ بالمَهْرِ ، ولا أعْرِفُ عن أصحابنا بينهما فَرْقًا(٣٤) . إذا ثَبَتَ هذا ، فإن كان الغُرُورُ من السَّيِّدِ فقال : هى حُرَّةٌ . عَتَقَتْ . وإن كان بلَفْظٍ غيرِ هذا ، لم تَثْبُتْ به الْحُرِّيَّةُ ، فلا شىءَ له ؛ لأنّه لا فائدةَ فى أن(٣٥) يَجبَ له ما يَرْجِعُ به عليه . وإن كان الغرورُ من وَكِيلِه ، رَجَعَ عليه فى الحالِ . وإن كان من أجنبىٍّ ، رَجَعَ عليه أيضًا . وإن كان منها(٣٦) ، فليس لها فى الحالِ مالٌ ، فيَتَخَرَّجُ فيها وجهان ، بِناءً على دَيْنِ العبدِ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، هل / يَتَعلَّقُ برَقَبتِه أو بذِمَّتِه يُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ؟ قال القاضى : قياسُ قولِ الْخِرَقِىِّ ، أنّه يتعلَّقُ بذِمَّتِها ؛ لأنّه قال فى الأَمَةِ إذا خالَعَتْ زَوْجَها بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها : يَتْبَعُها به إذا عَتَقَتْ . كذا هٰهُنا ، ويَتْبَعُها بجَمِيعِه . وظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنّ الغُرُورَ إذا كان من الأَمَةِ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ ؛ فإنّه قال : إذا جاءتِ الأَمَةُ فقالت : إنِّى حُرَّةٌ . فوَلَّتْ أمْرَها رَجُلًا ، فزَوَّجَها من رَجُلٍ ، ثم ظَهَرَ عليها مَوْلَاها ، قال : فِكَاكُ وَلَدِه على الأبِ ؛ لأنّه لم يَغُرَّهُ أحدٌ . وأمّا إذا غَرَّهُ رَجُلٌ ، فزَوَّجَها على أنّها حُرَّةٌ ، فالفِداءُ على مَن غَرَّهُ . يُرْوَى(٣٧) هذا عن علىٍّ ، وإبراهيمَ ، وحَمَّادٍ . وكذلك قال الشَّعْبِىُّ . وإن قُلْنا : يَتَعلَّقُ برَقَبَتِها . فالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بين فِدائِها بقِيمَتِها إن كانت أَقَلَّ ممَّا يَرْجِعُ به عليها ، أو يُسَلِّمُها ، فإن اختارَ فِداءَها بقِيمَتِها ، سَقَطَ قَدْرُ ذلك عن الزَّوْجِ ، فإنّه لا فائدةَ فى أن نُوجِبَه عليه ثم نَرُدَّه إليه . وإن اختار تَسْلِيمَها ، سَلَّمَها ، وأخَذَ ما وَجَبَ له . وذَكَرَ القاضى أنّ الغُرُورَ المُوجِبَ للرُّجُوعِ ، أن يكونَ اشْتِراطُ الحُرِّيَّةِ مُقارِنًا للعَقْدِ ، فيقول : زَوَّجْتُكَها على أنّها

٧/٣٣و

---

(٣٣) سقط من : ا ، ب .

(٣٤) فى ب ، م زيادة : « قال » .

(٣٥) فى الأصل : « أنه » .

(٣٦) فى ا : « منهما » .

(٣٧) فى الأصل : « روى » .

حُرَّةٌ . فإن لم تكُنْ كذلك ، لم تَمْلِكِ الفَسْخَ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . والصحيحُ خِلافُ هذا ، فإنَّ[٣٨] الصحابةَ الذين قَضَوْا بالرُّجُوعِ ، لم يُفرِّقُوا بين أنواعِ الغُرُورِ ، ولم يَسْتَفْصِلُوا ، والظَّاهرُ أنَّ العَقْدَ لم يَقَعْ هكذا ، ولم تَجْرِ العادةُ به فى العُقُودِ ، فلا يجوزُ حَمْلُ قَضائِهم المُطْلَقِ على صُورةٍ نادرةٍ لم تُنْقَلْ ، ولأنَّ الغُرُورَ قد يكونُ من المَرْأةِ ، ولا لَفظَ لها فى العَقْدِ ، ولأنَّه متى أخْبَرَه بحُرِّيَّتِها ، أو أوْهَمَه ذلك بقَرائِنَ تُغَلِّبُ على ظَنِّه حُرِّيَّتَها ، فنَكَحَها على ذلك ، ورَغِبَ فيها بِناءً عليه ، وأصْدَقَها صَداقَ الحَرائِرِ ، ثم لَزِمَه الغُرْمُ ، فقد[٣٩] اسْتَضَرَّ بِناءً على قولِ المُخْبِرِ له والغَارِّ ، فتَجِبُ إزالةُ الضَّرَرِ عنه ، بإثْباتِ الرُّجُوعِ على مَنْ غَرَّه وأضَرَّ به . فعلى هذا ، إن كان الغُرُورُ من اثْنَيْنِ أو أكْثَرَ ، فالرجوعُ على جَمِيعِهم ، وإن كان الغُرُورُ[٤٠] منها ومن الوَكِيلِ ، فعلى كلِّ واحدٍ منهما نِصْفُه . والله أعلم .

الفصل السادس : أنَّ الزَّوْجَ إن كان مِمَّنْ يَحْرُمُ عليه نِكاحُ الإماءِ ، وهو من[٤١] يَجِدُ الطَّوْلَ ، أو لا يَخْشَى العَنَتَ ، فإنَّه يُفَرَّقُ بينهما ؛ لأنَّنا بَيَّنَّا أنَّ النِّكاحَ فاسِدٌ من أصْلِه ؛ لعَدَمِ شَرْطِه . وهكذا لو كان تَزْوِيجُها بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، أو اخْتَلَّ شرطٌ من شُروطِ النِّكاحِ ، فهو فاسدٌ ، يُفرَّقُ بينهما . والحكمُ فى الرُّجُوعِ على ما ذَكَرْنا . وإن كان ممَّن يجوزُ له نِكاحُ الإمَاءِ ، وكانت شَرَائِطُ النِّكاحِ مُجْتَمِعةً ، فالعقدُ صحيحٌ ، وللزَّوْجِ الخِيارُ بينَ الفَسْخِ / والمُقامِ على النِّكاحِ . وهذا معنى قولِ الْخِرَقِيِّ : « فرَضِىَ بالْمُقامِ » معها [٤٢]على النِّكاحِ[٤٢] ، وهذا[٤٣] الظَّاهرُ من مذهبِ الشافعىِّ . وقال

٣٣/٧ظ

(٣٨) فى م : « قال لأن » .

(٣٩) فى ب : « قد » .

(٤٠) فى ب ، م : « الغرر » .

(٤١) فى ا ، ب ، م : « ممن » .

(٤٢ – ٤٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب . وكلام الخرقى ينتهى عند علامة التنصيص السابقة .

(٤٣) فى ب : « وهو » .

أبو حنيفةَ : لا خِيارَ له ؛ لأنَّ الكَفاءةَ غيرُ مُعْتَبَرةٍ فى جانبِ المَرْأةِ ، ولأنَّه[٤٤] يَمْلِكُ الطَّلاقَ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ غُرَّ فيه أحدُ الزَّوْجَيْنِ بحُرِّيَّةِ الآخَرِ ، فثَبتَ له الخِيارُ كالآخَر[٤٥] ، ولأنَّ[٤٦] الكفاءةَ وإن لم تُعْتَبَرْ فإنَّ عليه ضَرَرًا فى اسْتِرْقاقِ وَلَدِه ، ورِقِّ امْرَأتِه ، وذلك أعْظَمُ من فَقْدِ الكَفاءةِ . وأمَّا الطَّلاقُ فلا يَنْدَفِعُ[٤٧] به الضَّرَرُ ؛ فإنَّه يُسْقِطُ[٤٨] نِصْفَ المُسَمَّى ، والفَسْخُ يُسْقِطُ جَمِيعَه ، فإذا فَسَخَ قبلَ الدُّخولِ فلا مَهْرَ لها ، وإن رَضِىَ بالمُقامِ معها ، فله ذلك ؛ لأنَّه يَحِلُّ له نِكاحُ الإمَاءِ ، وما وَلَدَتْ بعدَ ذلك فهو رَقِيقٌ لسَيِّدِها ؛ لأنَّ المانِعَ من رِقِّهِم فى الغُرُورِ اعْتِقادُ الزَّوْجِ حُرِّيَّتَها ، وقد زال ذلك بالعِلْمِ . ولو وَطِئَها قبلَ عِلْمِه ، فعَلِقَتْ منه ، ثم عَلِمَ قبلَ الوَضْعِ ، فهو حُرٌّ ؛ لأنَّه وَطِئَها يَعْتَقِدُ حُرِّيَّتَها .

فصل : والحكمُ فى المُدَبَّرةِ وأُمِّ الوَلَدِ والمُعْتَقةِ بصِفَةٍ ، كالأَمَةِ القِنِّ ؛ لأنَّها ناقصةٌ بالرِّقِّ ، إلَّا أنَّ وَلَدَ أُمِّ الوَلَدِ والمُدَبَّرةِ يُقَوَّمُ كأنَّه عَبْدٌ له حُكْمُ أُمِّه ، وكذلك مَنْ أُعْتِقَ بعضُها ، إلَّا أنَّه إذا فَدَى الوَلَدَ ، لم يَلْزَمْهُ إلَّا فِداءُ ما فيه من الرِّقِّ ؛ لأنَّ بَقِيَّته حُرٌّ بحُرِّيَّةِ أُمِّه ، لا باعْتِقادِ الوَاطِئِ[٤٩] . فإن كانت مُكَاتَبةً فكذلك ، إلَّا أنَّ مَهْرَها ؛ لأنَّه مِن كَسْبِها ، وكَسْبُها لها . وتَجِبُ قِيمَةُ وَلَدِها ، على الرِّوايةِ المشهورةِ . قال أبو بكرٍ : ويكونُ ذلك لها تَسْتَعِينُ به فى كِتَابَتِها . فإن كان الغُرُورُ منها ، فلا شىءَ لها ، إذ لا فائدةَ فى إيجابِ شىءٍ لها يَرْجِعُ به عليها ، وإن كان الغُرُورُ من غيرِها ، غَرِمَه لها ، ويَرْجِعُ به[٥٠] على مَنْ غَرَّه .

---

(٤٤) فى ب ، م : « لأنه » .

(٤٥) فى الأصل : « كالأحرار » .

(٤٦) فى ب : « وإن » ، وفى م : « فإن » .

(٤٧) فى ب : « يدفع » .

(٤٨) فى م : « سقط » .

(٤٩) فى ا ، م : « الوطء » .

(٥٠) فى ا ، ب : « ورجع » .

فصل : ولا يَثْبُتُ أَنَّها أَمَةٌ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، فإن أقامَ[٥١] بذلك بَيِّنَةً ، ثَبَتَ . وإن أَقَرَّتْ أنَّها أَمَةٌ ، فقال أحمدُ ، فى رِوايةِ أبى الحارثِ : لا يَسْتَحِقُّها بإقْرارِها ؛ وذلك لأنَّ إقْرارَها يُزِيلُ النِّكاحَ عنها ، ويُثْبِتُ حقًّا على غيرِها ، فلم يُقْبَلْ ، كإقْرارِها بمالٍ على غيرِها . وقال ، فى رِوايةِ حَنْبَلٍ : لا شىءَ له حتى يُثْبِتَ ، أو تُقِرَّ هى أنها أَمَتُه[٥٢] . فظاهِرُ هذا أنَّه يُقْبَلُ إقْرارُها ؛ لأنَّها مُقِرَّةٌ على نَفْسِها بالرِّقِّ ، أشْبَهَ غيرَ الزَّوْجةِ . والأوَّلُ أَوْلَى . ولا نُسَلِّمُ أنَّه يُقْبَلُ من غيرِ ذاتِ الزَّوْجِ إقْرارُها بالرِّقِّ بعدَ إقْرارِها بالحُرِّيَّةِ ؛ لأنَّها أقَرَّتْ بما يَتَعَلَّقُ به حَقُّ اللهِ تعالى .

فصل : إذا حَمَلَتِ المَغْرُورُ بها ، فضَرَبَ بَطْنَها ضارِبٌ ، فألْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ، فعلى الضاربِ غُرَّةٌ ؛ لأنَّ هذا الجَنِينَ محكومٌ بحُرِّيَّتِه / ، ويَرِثُها ورَثَتُه مَنْ كانوا ، وعلى الضَّاربِ كَفَّارةُ القَتْلِ . وإن كان الضاربُ أباه ، لم يَرِثْه ، ووَرِثَه أقارِبُه . ولا يَجِبُ بَدْلُ هذا الوَلِدِ للسَّيِّدِ ؛ لأنَّه إنَّما يستَحِقُّ بَدْلَ حَىٍّ ، وهذا مَيِّتٌ . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ له عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنَّ الواطِئَ فَوَّتَ ذلك عليه باعْتِقادِ الحُرِّيةِ ، ولَوْلاه لوَجَبَ له ذلك .

٣٤/٧و

فصل : إذا تَزَوَّجتِ المرأةُ عبدًا على أنَّه حُرٌّ ، فالنِّكاحُ صحيحٌ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، وأحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ اخْتِلافَ الصِّفَةِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ العقدِ ، كما لو تَزَوَّجَ أمَةً على أنَّها حُرَّةٌ . وهذا إذا كَمَلَتْ شُرُوطُ النِّكاحِ ، وكان ذلك بإذْنِ سَيِّدِه . وإن كانت المرأةُ حُرَّةً ، وقُلْنا : الحُرِّيةُ ليست من شُرُوطِ الكَفاءةِ . أو أنَّ فَقْدَ الكفاءةِ لا يُبْطِلُ النكاحَ . فهو صحيحٌ ، وللمَرْأةِ الخِيارُ بين الفَسْخِ والإمْضاءِ ، فإن اختارتْ إمْضاءَه ، فلأَوْلِيائِها الاعْتراضُ عليها لعَدَمِ الكَفاءةِ . وإن كانت أَمَةً فينْبَغِى أن يكونَ لها الخِيارُ أيضا ؛ لأنَّه لمَّا ثَبَتَ الخِيارُ للعَبْدِ إذا غُرَّ بأمَةٍ[٥٣] ، ثَبَتَ للأَمَةِ إذا غُرَّتْ بعَبْدٍ . وكلُّ

---

(٥١) فى م : « قام » .

(٥٢) فى م : « أمة » .

(٥٣) فى ا ، ب ، م : « من أمة » .

مَوْضِعٍ حَكَمْنا بفَسادِ العَقْدِ ففُرِّقَ بينهما قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها ، وإن كان بعدَه فلها مَهْرُ المِثْلِ ، أو المُسَمَّى ، على ما قَدَّمْنا من الاخْتِلافِ . وكلُّ مَوْضِعٍ فُسِخَ النِّكاحُ مع القولِ بصِحَّتِه قبلَ الدُّخولِ ، فلا شيءَ لها ، وإن كان بعدَه فلها المُسَمَّى ؛ لأنَّه فَسْخٌ طَرَأ على نِكاحٍ ، فأشْبَه الطَّلَاقَ .

فصل : فإن غَرَّها بنَسَبٍ ، فبَانَ دُونَه ، وكان ذلك مُخِلًّا بالكَفاءةِ ، وقُلْنا بصِحَّةِ النِّكاحِ ، فلها الخِيارُ ، فإن اخْتارتِ الإمْضاءَ ، فلأَوْلِيائِها الاعتِراضُ عليها ، وإن لم يُخِلَّ بالكَفاءةِ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ ذلك ليس بمُعْتَبَرٍ فى النكاحِ ، فأشْبَهَ مالو شَرَطَتْه[٥٤] فَقِيهًا ، فبانَ بخِلافِه . وكذلك إن شَرَطَتْ غيرَ النَّسَبِ ، فإن كان ممَّا يُعْتَبَرُ فى الكَفاءةِ ، فهو كما لو تَبَيَّنَ أنَّه غيرُ مُكافِئٍ لها فى النَّسَبِ ، وإن لم يُعْتَبَرْ فى الكَفاءةِ ، كالفِقْهِ والجَمالِ وأشْباه ذلك ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ ذلك ممَّا لا يُؤَثِّرُ[٥٥] فى النِّكاحِ ، فلا يُؤَثِّرُ[٥٦] اشْتِراطُه . وذُكِرَ فيما إذا بانَ نَسَبُه دونَ ما ذَكَرَهُ[٥٧] وَجْهٌ[٥٨] فى ثُبوتِ الخِيَارِ لها وإنْ[٥٩] لم يُخِلَّ بالكَفاءةِ ، والأَوْلَى ما ذَكَرْناه . واللهُ أعلم .

١١٣٣ ــ مسألة ؛ قال : (وَإنْ كَانَ الْمَغْرُورُ عَبْدًا ، فَوَلَدُهُ أحْرَارٌ ، ويَفْدِيهِمْ إذَا عَتَقَ ، ويَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ)

وجملةُ ذلك أنَّ المَغْرُورَ إذا كان عَبْدًا ، فوَلَدُه أحْرارٌ . وقال أبو حنيفةَ : يكونُ رَقِيقًا ؛

---

(٥٤) فى م : « شرطه » .

(٥٥) فى م : « يعتبر » .

(٥٦) فى الأصل زيادة : « فى » .

(٥٧) فى م : « ذكر » .

(٥٨) فى الأصل : « وجها » .

(٥٩) فى م : « إن » .

لأنَّ أبوَيْه رَقِيقٌ . وليس ذلك بصَحِيحٍ ، فإنَّه وَطِئها مُعْتَقِدًا حُرِّيَّتَها ، فكان وَلَدُه حُرًّا ، كوَلَدِ / الحُرِّ ، فإنَّ هذا هو العِلَّةُ المُقْتَضِيَةُ للحُرِّيَّةِ فى مَحَلِّ الوِفَاقِ ، ولولا ذلك لَكان رَقِيقًا ، فإنَّ عِلَّةَ رِقِّ الوَلَدِ رِقُّ الأُمِّ خاصَّةً ، ولا عِبْرَةَ بحالِ الأب ، بدَلِيلِ وَلَدِ الحُرِّ من الأَمَةِ ، ووَلَدِ الحُرَّةِ[1] من العَبْدِ . وعلى العَبْدِ فِداؤُهم ؛ لأنَّه فَوَّتَ رِقَّهُم باعْتِقادِه وفِعْلِه ، ولا مالَ له فى الحالِ ، فيُخَرَّجُ فى ذلك وَجْهان ؛ أحدهما ، يَتَعلَّقُ برَقَبَتِه بمَنْزِلةِ جِنَايَتِه . والثانى ، بِذِمَّتِه يُتْبَعُ به بعدَ العَتْقِ ، بمَنْزِلةِ عِوَضِ الخُلْعِ من الأَمَةِ إذا بَذَلَتْه بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها . ويُفارِقُ الاسْتِدانةَ والجِنايةَ ؛ لأنَّه إذا استدانَ أتْلَفَ مالَ الغَرِيمِ ، فكان جِنايةً منه ، وهٰهُنا لم يَجْنِ فى الأوْلادِ جِنايةً ، وإنَّما عَتَقُوا من طَرِيقِ الحُكْمِ ، وما حَصَلَ له منهم عِوَضٌ ، فيكونُ ذلك فى ذِمَّتِه يُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ، ويَرْجِعُ به حين يَغْرَمُه ، فإنَّه لا يَنْبَغِى أن يَجِبَ له بَذْلُ مالم يَفُتْ عليه . وأمَّا الحُرِّيَّةُ فتُتَعَجَّلُ فى الحالِ . وإن قُلْنا : إنَّ[2] الفِداءَ يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه . وَجَبَ فى الحالِ ، ويَرْجِعُ به سَيِّدُه فى الحال ، ويَثْبُتُ للعبدِ الخِيارُ إذا عَلِمَ ، كما ثَبَتَ[3] للحُرِّ لمن يَحِلُّ له نِكاحُ الإِماءِ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى رِقِّ وَلَدِه ، ونَقْصًا فى اسْتِمْتاعِه ، فإنَّها لا تَبِيتُ[4] معه لَيْلًا ونَهارًا ، ولم يَرْضَ به . ويَحْتَمِلُ أن لا يَثْبُتَ له خِيارٌ ؛ لأنَّه فَقَدَ صِفَةً لا مَنْقَصَ[5] بها عن رُتْبَتِه ، فأشْبَهَ مالو شَرَطَ نَسَبَ امْرأةٍ فبانَتْ بخِلافِه ؛ لأنَّها مُساوِيةٌ لِنَسَبِه ، بخِلافِ تَغْرِيرِ الحُرِّ . وقال بعضُ الشَّافعيَّةِ : لا خِيارَ له ، قَوْلًا واحدًا . وقال بعضُهم : فيه قَوْلان . والأَوْلَى ما ذكَرْناه . وإذا اختارَ الإِقامةَ ، فالمَهْرُ واجِبٌ ، لا يَرْجِعُ به على أحَدٍ . وإن اختارَ الفَسْخَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ ، وإن كان بعدَه والنكاحُ بإذْنِ سيدِه ، فالمَهْرُ واجبٌ عليه ، وفى الرُّجُوعِ به خِلافٌ ذكَرْناه فيما مضَى ، وإن كان بغيرِ إذْنِه ، فالنكاحُ فاسدٌ ، فإن دَخَلَ بها ففى قَدْرِ ما يَجِبُ

٣٤/٧ ظ

---

(١) فى ا ، م : « الحر » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ب : « يثبت » .

(٤) فى ا ، ب : « تتبوأ » .

(٥) فى م : « ينقف » .

عليه[٦] وَجْهان ؛ أحدهما ، مَهْرُ المِثْلِ . والثانى ، الخُمْسانِ . وهل يَرْجِعُ به ؟ على وَجْهينِ .

فصل : فإن شَرَطَ أنَّها مُسْلِمةٌ ، فبانَتْ كافِرَةً ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّه نَقْصٌ وضَرَرٌ يَتَعَدَّى إلى الوَلَدِ ، فأشْبَهَ مالو شَرَطَها حُرَّةً فبانَتْ أمَةً .

فصل : فإن شَرَطَها بِكْرًا ، فبانَتْ ثَيِّبًا . فعن أحمدَ كلامٌ يَحْتَمِلُ أمْرَيْنِ ؛ أحدهما ، لا خِيارَ له ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يُرَدُّ فيه بعَيْبٍ سِوَى ثمانيةِ عُيُوبٍ ، فلا يُرَدُّ فيه[٧] بمُخالفةِ الشَّرْطِ . والثانى ، له الخِيارُ ؛ لأنَّه شَرَطَ صِفَةً مَقْصُودةً ، فبانَ خِلافُها ، فيَثْبُتُ[٨] له الخِيارُ ، كما لو شَرَطَ الحُرِّيَّةَ . وعلى هذا لو شَرَطَها / ذاتَ نَسَبٍ ، فبانَتْ دُونَه ، أو شَرَطَها بَيْضاءَ ، فبانَتْ سَوْداءَ ، أو شَرَطَها[٦] طَوِيلةً ، فبانَتْ قَصِيرةً ، أو حَسْناءَ فبانَتْ شَوْهاء ، خُرِّجَ فى ذلك كلِّه وَجْهان . ونحوُ هذا مَذْهَبُ الشَّافعىِّ . وقال أبو ثَوْرٍ : القِياسُ أنَّ له الرَّدَّ إن كان فيه اخْتِلافٌ ، وإن كان إجْماعًا فالإجْماعُ أوْلَى من النَّظَرِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا أعلمُ أحدًا وافقَ أبا ثَوْرٍ على مَقالَتِه . ومِمَّن ألْزَمَ الزَّوْجَ مَنْ هذه صِفَتُها الثَّوْرِيُّ ، والشَّافعىُّ ، وأحمدُ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورَوَى الزُّهْرِيُّ ، أنَّ رَجُلًا تزَوَّجَ امرأةً ، فلم يَجِدْها عَذْراءَ ، كانت الحَيْضةُ خَرَقَتْ عُذْرَتَها ، فأرْسَلَتْ إليه عائشةُ : إنَّ الحَيْضَةَ تُذْهِبُ العُذْرَةَ يَقِينًا[٩] . وعن الحسنِ ، والشَّعْبِىِّ ، وإبراهيمَ ، فى الرَّجُلِ إذا لم يَجِدِ امْرأتَه عَذْراءَ : ليس عليه شىءٌ ، العُذْرةُ تُذْهِبُها الوَثْبةُ ، وكَثْرةُ الحَيْضِ ، والتَّعَنُّسُ ، والحِمْلُ الثقيلُ . واللهُ أعلمُ .

٣٥/٧ و

---

(٦) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٧) فى ا ، ب ، م : « منه » .

(٨) فى الأصل : « فثبت » .

(٩) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب الرجلان ينكحان أختين .... ، السنن ٢ / ٧٦ .

فصل : وإذا تزوَّجَ امرأةً يَظُنُّها حُرَّةً ، فبانَتْ أَمَةً ، أو يظنُّها مُسْلِمةً ، فبانتْ كافرةً ، أو تزوَّجَتْ عَبْدًا تظنُّه حُرًّا ، فلهم الخِيارُ ، كما لو شَرَطُوا[10] ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى امْرأةٍ تَزوَّجَتْ عبدًا تَظُنُّه حُرًّا ، فلها الخِيارُ . وقال الشافعىُّ ، فى الأَمَةِ : لا خِيارَ له . وفى الكافرةِ : له الخِيارُ . وقال بعضُهم فيهما جميعًا قَوْلان . ولَنا ، أنَّ بعضَ الرِّقِّ أعْظَمُ ضَرَرًا ، فإنَّـه يُؤثِّر فى رِقِّ وَلَـدِه ، ويَمْنَعُ[11] كَمَالَ اسْتِمْتاعِـه ، فكـان له الخِيارُ ، كما لو كانت كافرةً .

فصل : وإن شَرَطَها أَمَةً ، فبانَتْ حُرَّةً ، أو ذاتَ نَسَبٍ ، فبانتْ أشْرَفَ منه ، أو على صِفَةٍ دَنِيئةٍ ، فبانتْ خَيْرًا من شَرْطِه ، أو كافرةً ، فبانت مُسْلِمةً ، فلا خِيارَ له فى ذلك ؛ لأنَّه زِيادةٌ . وقال أبو بكرٍ : له الخِيارُ إذا بانتْ مُسْلِمةً ؛ لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى عَدَمِ وُجُوبِ العِباداتِ . والأَوَّلُ أَوْلَى .

فصل : وكلُّ موضعٍ ثَبَتَ له الخِيارُ ففَسَخَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ عليه . وإن فَسَخَ بعدَه ، وكان التَّغْرِيرُ ممَّن له المَهْرُ ، فلا شىءَ عليه أيضا ، وإن كان من غيرِه ، فعليه المَهْرُ ، يَدْفَعُه ثم يَرْجِعُ به على الغارِّ ، فإن كان التَّغْرِيرُ من أوْليائِها ، رَجَعَ عليهم ، وإن عَلِمَ بَعضُهم احْتَمَلَ أن يَرْجِعَ عليه وحدَه ؛ لأنَّه الغارُّ ، واحْتَمَـلَ أن يَرْجِـعَ على جَمِيعِهم ؛ لأنَّ حُقُوقَ الآدَمِيِّينَ فى العَمْدِ والسَّهْوِ سواءٌ .

١١٣٤ ــ مسألة ؛ قال : (**وإذَا قَالَ : قَدْ جَعَلْتُ عِتْقَ أَمَتِى صَدَاقَها . بحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ ، فَقَدْ ثَبتَ العِتْقُ وَالنِّكاحُ . وإذَا قَالَ : أشْهَدُ أنّى قَدْ أَعْتَقْتُها ، وجَعَلْتُ عِتْقَها / صَدَاقَها . كَانَ العِتْقُ والنِّكاحُ أيضًا ثابِتَيْنِ ، سَوَاءٌ تَقَدَّمَ[1] العِتْقُ أو تأخَّرَ** ، ٣٥/٧ظ

---

(١٠) فى ا ، ب ، م : « شرط » .

(١١) فى الأصل ، ا ، ب : « ومنع » .

(١) فى م زيادة : « القول » .

إذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا فَصْلٌ ، فإنْ طَلَّقَها قَبْلَ الدُّخولِ ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِنصْفِ قِيمَتِهَا)

في هذه المسألةِ خمسةُ فُصُولٍ[2] :

الأول : أنَّ ظاهِرَ المذهبِ أن الرَّجُلَ متى[3] أعْتَقَ أمَتَه ، وجَعَلَ عِتْقَها صَداقَها ، فهو نِكاحٌ صحيحٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ، في روايةِ الْجماعةِ[4] . ورُوِيَ ذلك[5] عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وفَعَلَه أنسُ بن مالكٍ . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وأبو سَلَمَةَ بن عبدِ الرحمنِ ، والحسنُ ، والزُّهْرِيُّ ، وإسحاقُ . وقال الأوْزاعِيُّ : يَلْزَمُها أن تَتَزَوَّجَه . ورَوَى المَرُّوذِيُّ عن أحمدَ[6] : إذا أعْتَقَ أمَتَه ، وجَعَلَ عِتْقَها صَدَاقَها ، يُوَكِّلُ رَجُلًا يُزَوِّجُه . وظاهِرُ هذا أنَّه لم يَحْكُمْ بصِحَّةِ النِّكاحِ . قال[7] أبو الخَطَّابِ : هي الصحيحةُ . واختارَها القاضي ، وابنُ عقيلٍ . وهو قولُ أبي حنيفةَ ، ومالكٍ ، والشافعيِّ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ إيجابٌ وقَبُولٌ ، فلم يَصِحَّ لعَدَمِ أرْكانِه ، كما لو قال : أعْتَقْتُكِ . وسَكَتَ ، ولأنَّها بالعِتْقِ تَمْلِكُ نَفْسَها ، فيَجِبُ أن يُعْتَبَرَ رِضَاها ، كما لو فصلَ بينهما ، ولأنَّ العِتْقَ يُزِيلُ مِلْكَه عن الاسْتِمْتاعِ بحَقِّ المِلْكِ ، فلا يجوزُ أن يَسْتَبِيحَ الوَطْءَ بنَفْسِ[8] المُسَمَّى[9] ، فإنَّه لو قال : بِعْتُكَ هذه الأَمَةَ ، على أن تُزَوِّجَنِيها بالثَّمنِ . لم

---

(٢) في حاشية ب : « أهلية العاقد وأهلية المعقود عليه هل يشترط أن تتقدم على العقد ، كما هو مذهب الشافعي وقول القاضي أبي يعلى ، أو يكفي أن تكون الأهلية حاصلة حين العقد ، وهو ظاهر مذهب أحمد ؟ كعتق الأمة وجعل عتقها صداقها ، وككتابة العبد مع بيعه شيئا ، وكبيع السلعة واشتراط أن تكون رهنا ، كما ذكر أبو يعلى ، في الجامع الكبير ؛ لأن الحكم المقصود من الشروط سواء كانت متقدمة أو متقارنة ، كالحياة مع العلم ، تضعف في بعض المواضع للعجز عن الإتيان بها مقارنة ، كالوضوء مع الصلاة » .

(٣) في م : « إذا » .

(٤) في ا ، ب ، م : « جماعة » .

(٥) سقط من : ب .

(٦) في ا زيادة : « قال » .

(٧) في م : « وقال » .

(٨) سقط من : م .

(٩) في م : « بالمسمى » .

يَصِحّ . ولَنا ، ما روَى أنَسٌ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ أعْتَقَ صَفِيّةَ ، وجَعَلَ عِتْقَها صَدَاقَها . متفقٌ عليه[١٠] . وفى لفظ : أعْتَقَها وتَزَوَّجَها . فقلتُ يا أبا حَمْزَةَ ، ما أصْدَقَها ؟ قال : نَفْسَها[١١] . وروَى الأثْرَمُ ، بإسْنادِه عن صَفِيّةَ . قالت : أعْتَقَنِى رسولُ الله ﷺ ، وجَعَلَ عِتْقِى صَدَاقِى[١٢] . وبإسْنادِه عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنّه كان يقولُ : إذا أعْتَقَ الرَّجُلُ أُمَّ وَلَدِه ، فجعل عِتْقَها صَدَاقَها ، فلا بَأْسَ بذلك . ومتى ثَبَتَ العِتْقُ صَدَاقًا ، ثَبَتَ النِّكاحُ ؛ لأنَّ الصَّداقَ لا يتقَدَّمُ النِّكاحَ ، ولو تأخَّرَ العِتْقُ عن النِّكاحِ لم يَجُزْ ، فدَلَّ على أنّه انْعَقَدَ[١٣] بهذا اللَّفظِ ، ولأنّه لم يُنْقَلْ عن النَّبِىِّ ﷺ أنّه اسْتَأْنَفَ عَقْدًا ، ولو اسْتَأْنفه لظَهَر ، ونُقِلَ كما نُقِلَ غيرُه ، ولأنَّ مَنْ جاز له تَزْوِيجُ امْرأةٍ لغيرِه من غيرِ قَرابةٍ ، جاز له أن يتزَوَّجَها ، كالإمامِ . وقولُهم : لم يُوجَدْ إيجابٌ ولا قَبولٌ . عَدِيمُ الأثرِ[١٤] ؛ فإنّه لو وُجِدَ لم يَحْكُموا بصِحَّتِه ، وعلى أنَّه إن لم يُوجَدْ فقد وُجِدَ ما يَدُلُّ عليه ، وهو جَعْلُ العِتْقِ صَداقًا ، فأشْبَهَ مالو تزَوَّجَ امرأةً هو وَلِيُّها ، وكما لو قال الخاطِبُ للوَلِىِّ : أزَوَّجْتَ ؟ فقال : نعم . وقال للزَّوْجِ : أقَبِلْتَ ؟ فقال : نعم . عندَ أصْحابِنا ، وكما لو / أتَى بالكِنَاياتِ عندَ أبى حنيفةَ ومَنْ وافَقَه . ٣٦/٧و

الفصل الثانى : أنَّ النِّكاحَ يَنْعَقِدُ بقوله : أعْتَقْتُكِ ، وجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ وتَزَوَّجْتُكِ . وبذلك خاليًا عن قوله : وتَزَوَّجْتُكِ . وهذا لفظُ الْخِرَقِىِّ ، وهو الذى جاء فى حديثِ أنسٍ . وبقولِه : جَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ . أو جعلتُ[١٥] صَداقَكِ عِتْقَكِ .

---

(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٨ .

(١١) فى ا ، ب ، م زيادة : « عتقها » .

• وتقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٨ .

(١٢) وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب فى رجل يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٥٦ .

(١٣) فى م : « العقد » .

(١٤) فى م : « التأثير » .

(١٥) فى م : « وجعلت » .

وهذا معنى قولِ الْخِرَقِيِّ : « سواءً تَقَدَّمَ العِتْقُ أو تأخَّرَ » . ونَصَّ أحمدُ على هذا ، فى رِوايةِ صالحٍ : إذا قال : جَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ . أو صَدَاقَكِ عِتْقَكِ . كُلُّ ذلك جائزٌ .

الفصل الثالث : أن لا يكونَ بينهما فَصْلٌ . ولو قال أعْتَقْتُكِ . وسَكَتَ سُكُوتًا يُمْكِنُه الكلامُ فيه ، أو تَكَلَّمَ بكلامٍ أجْنَبِيٍّ ، ثم قال : جَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ . لم يَصِحَّ النِّكاحُ ؛ لأنَّها صارتْ بالعِتْقِ حُرَّةً ، فيَحْتاجُ [16]أن يَتَزَوَّجها[16] بِرضَاها بصَداقٍ جديدٍ .

الفصل الرابع : أنَّه لابُدَّ من شاهِدَيْنِ إذا قُلْنا باشْتِراطِ الشَّهادةِ فى النِّكاحِ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فى رِوايةِ الجماعةِ ، وذلك لقولِه : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وشَاهِدَيْنِ »[17] .

الفصل الخامس : أنَّه إذا طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، رَجَعَ عليها بِنصْفِ قِيمَتِها ؛ لأنَّ الطلاقَ قبلَ الدُّخولِ يُوجِبُ الرُّجوعَ فى نِصْفِ ما فَرَضَ لها ، وقد فَرَضَ لها نَفْسَها ، ولا سَبِيلَ إلى الرُّجوعِ فى الرِّقِّ بعدَ زَوَالِه ، فيَرْجِعُ[18] بِنصْفِ قِيمةِ نَفْسِها . وبهذا قال الحسنُ ، والحَكَمُ . وقال الأوْزَاعِيُّ : يَرْجِعُ برُبْعِ قِيمَتِها . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ قبلَ الدُّخولِ ، فأوْجَبَ الرُّجُوعَ [19]فى النِّصْفِ[19] ، كسائرِ الطَّلاقِ . وتُعْتَبرُ القِيمةُ حالةَ الإعْتاقِ ؛ لأنَّها حالةُ الإتْلافِ . فإن لم تَكُنْ قادِرةً على نِصْفِ القِيمةِ ، فهل تُسْتَسْعَى فيها ، أو تكونُ دَيْنًا تُنْظَرُ به إلى حالِ القُدْرةِ ؟ على رِوَايتَيْنِ . وإن قُلْنا : إنَّ النكاحَ [20]لا يَنْعَقِدُ[20] بهذا القولِ . فعليها قِيمةُ نَفْسِها ؛ لأنَّه أزال مِلْكَه بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فرَجَعَ إلى قِيمةِ المُفَوَّتِ ، كالبَيْعِ الفاسِدِ . وكذلك إن قُلْنا : إن النِّكاحَ انْعَقَدَ به . فارْتَدَّتْ قبلَ

(١٦ - ١٦) فى م : « إلى تزويجها » .

(١٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٧ .

(١٨) فى ا ، ب ، م : « فرجع » .

(١٩ - ١٩) فى الأصل : « بالنصف » .

(٢٠ - ٢٠) فى الأصل : « أينعقد » .

الدُّخولِ ، أو فَعَلَتْ ما يَنْفَسِخُ به نِكاحُها ، مثل أن أَرْضَعَتْ زَوْجَةً له صغيرةً ، ونحو ذلك ، انْفَسَخَ نِكاحُها ، وعليها قِيمةُ نَفْسِها .

فصل : وإن قال لأَمَتِه : أَعْتَقْتُكِ على أن تُزَوِّجِينِى نَفْسَكِ ، ويكونَ عِتْقُكِ صَدَاقَكِ . أو لم يَقُلْ : ويكونَ عِتْقُكِ صَدَاقَكِ . فقَبِلَتْ ، عَتَقَتْ ، ولم يَلْزَمْها أن تُزَوِّجَه نَفْسَها ؛ لأنَّه سَلَفٌ فى نِكاحٍ[21] ، فلم يَلْزَمْها ، كما لو[22] أَسْلَفَ حُرَّةً أَلْفًا على أن / يَتَزَوَّجَها ، ولأنَّها أَسْقَطَتْ حَقَّها من الْخِيارِ قبلَ وُجُودِ سَبَبِه ، فلم يَسْقُطْ ، كالشَّفِيعِ يُسْقِطُ شُفْعَتَه قبلَ البَيْعِ ، ويَلْزَمُها قِيمَةُ نَفْسِها . أَوْمأَ إليه أحمدُ ، فى رِوايةِ عبدِ اللهِ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه أَزَالَ مِلْكَه منها بشَرْطِ عِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فاسْتَحَقَّ الرُّجُوعَ بقِيمَتِه ، كالبَيْعِ الفاسدِ إذا تَلِفَتِ السِّلْعةُ فى يَدِ المُشْتَرِى ، والنِّكاحِ الفاسدِ إذا اتَّصَلَ به الدُّخولُ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَها شىءٌ ، بناءً[23] على ما إذا قال لِعَبْدِه : أَعْتَقْتُكَ على أن تُعْطِيَنِى أَلْفًا . وهذا قولُ مالكٍ ، وزُفَرَ ؛ لأنَّ هذا ليس بلَفْظِ شَرْطٍ ، فأَشْبَهَ ما لو قال : أَعْتَقْتُكِ ، وزَوِّجِينِى نَفْسَكِ . وتُعْتَبَرُ القِيمَةُ حالةَ العِتْقِ ، ويُطالِبُها بها فى الحالِ إن كانت قادِرَةً عليها ، وإن كانت مُعْسِرَةً ، فهل تُنْظَرُ إلى المَيْسَرَةِ ، أو تُجْبَرُ على الكَسْبِ ؟ على وَجْهَيْن[24] ، أصلُهما فى المُفْلِسِ هل يُجْبَرُ على الكَسْبِ ؟ على رِوايَتَيْن .

فصل : وإن اتَّفَقَ السَّيِّدُ وأَمَتُه على أن يُعْتِقَها ، وتُزَوِّجَه نَفْسَها ، فتَزَوَّجَها على ذلك ، صَحَّ ، ولا مَهْرَ لها غيرَ ما شَرَطَ من العِتْقِ . وبه قال أبو يوسفَ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا يكونُ العِتْقُ صَدَاقًا ، لكن إن تَزَوَّجَها على القِيمةِ التى له فى ذِمَّتِها ، وهما يَعْلَمانِ القِيمةَ ، صَحَّ الصَّدَاقُ . ولَنا ، أنَّ العِتْقَ صَلَحَ صَداقًا فى حَقِّ النَّبِىِّ ﷺ ،

---

(21) فى ب : « النكاح » .

(22) فى ا ، م زيادة : « كان » .

(23) سقط من : الأصل .

(24) فى م : « روايتين » .

فيَجُوزُ في حَقِّ أُمَّتِه كالدَّراهِمِ ، ولأنَّه يَصلُحُ عِوَضًا في البَيْعِ ، فإنَّه لو قال : أَعْتِقْ عَبْدَكَ على أَلْفٍ . جازَ ، فلأَنْ يكونَ عِوَضًا في النِّكاحِ أَوْلَى ؛ فإنَّ النكاحَ لا يُقْصَدُ فيه العِوَضُ . وعلى هذا لو تَزَوَّجَها على أن يُعْتِقَ أباهَا ، صَحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ ، في روايةِ عبدِ الله . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ العِتْقَ يَصِيرُ صَداقًا ، كما لو دَفَعَ إليها مالًا ثم تَزَوَّجَها عليه . فإن بَذَلَتْ له نَفْسَها ليتزَوَّجَها فامْتَنَعَ ، لم يُجْبَرْ ، وكانتْ له القِيمةُ ؛ لأنَّها إذا لم تُجْبَرْ على تَزْوِيجِه نَفْسَها ، لم يُجْبَرْ هو على قَبُولِها . وحكمُ المُدَبَّرة ، والمُعْتَقةِ بصِفَةٍ ، وأُمِّ الوَلَدِ ، حكمُ الأَمَةِ القِنِّ في جَمِيعِ ما ذكَرْناه .

فصل : وإن أَعْتَقَتِ امرأةٌ عَبْدَها ، بشَرْطِ أن يتزَوَّجَها ، عَتَقَ ، ولا شيءَ عليه ؛ لأنَّ النِّكاحَ يَحْصُلُ به المِلْكُ للزَّوْجِ ، وليس بمَمْلُوكٍ به ، فإذا اشْتَرَطَتْ عليه إثْباتَ المِلْكِ له ، لم يَلْزَمْه ذلك ، كما لو اشترطتْ عليه أن تُمَلِّكَه دارًا . ولو أراد العبدُ تَزَوُّجَها[25] لم تُجْبَرْ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ لها ، فلا يُوجَبُ عليها ، كما لو شَرَطَ السَّيِّدُ على أَمَتِه أن تُزَوِّجَه نَفْسَها ، لم يَلْزَمْه ذلك .

/ **فصل** : ولا بأسَ أن يُعْتِقَ الرَّجُلُ الأَمَةَ ثم يتزَوَّجَها ، سواءٌ أعْتَقَها لوَجْهِ الله تعالى ، أو أعْتَقَها ليتزَوَّجَها . وكَرِه أنسٌ تَزَوُّجَ[26] مَنْ أعْتَقَها لله تعالى . قال الأَثْرَمُ : قلتُ لأبي عبدِ الله : رَوَى شُعْبةُ ، عن قَتادةَ ، عن أنسٍ ، أنَّه كَرِهَ أن يُعْتِقَ الأَمَةَ ، ثم يتزَوَّجَها[27] ؟ فقال : نعم ، ذاكَ[28] إذا أعْتَقَها لله ، كَرِهَ أن يَرْجِعَ في شيءٍ منها . ولَنا ، ما رَوَى أبو مُوسَى ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ ، فعَلَّمَهَا ، وأَحْسَنَ إلَيْهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا ، وتَزَوَّجَهَا ، فَذٰلِكَ لَهُ أَجْرَانِ » . متفقٌ عليه[29] . ولأنَّه إذا

٣٧/٧ و

(٢٥) في الأصل : « تزويجها » .

(٢٦) في ب ، م : « تزويج » .

(٢٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب رجل يعتق أمته لله تعالى ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٥٧ .

(٢٨) في م : « قال » .

(٢٩) تقدم تخريجه في صفحة ٣٩٧ .

تَزَوَّجَها ، فقد أَحْسَنَ إليها بإعْفافِها[٣٠] وصِيانَتِها ، فلم يُكْرَه ، كما لو زَوَّجَها غيرَه ، وليس فى هذا رُجوعٌ فيما جُعِلَ لله تعالى ؛ فإنَّه إنَّما يَتَزَوَّجُها بصَداقِها ، فهو بمَنْزِلةِ من اشْتَرَى منها شَيْئًا .

فصل : وإذا أراد أن يَتَزَوَّجَها بعد عِتْقِها ، لم يَحْتَجْ إلى اسْتِبْراءٍ ، سواءٌ كان يَطَؤُها أو لم يكُنْ يطَؤُها[٣١] ؛ لأنَّ الاسْتِبْراءَ لصِيانةِ الماءِ ، ولا يُصانُ ذلك عنه . فإن اشْتَرَى أَمَةً فأَعْتَقَها قبلَ أن يَسْتَبْرِئَها ، لم يَحِلَّ له أن يتزوَّجَها ولا يُزَوِّجَها حتى يَسْتَبْرِئَها ؛ لأنَّه كان واجِبًا ، فلا يَسْقُطُ بإعْتاقِه لها . قال أحمدُ ، فى الرَّجُلِ تكونُ له الأَمَةُ[٣٢] لا يَطَؤُها فيُعْتِقُها : لا يَتَزَوَّجُها من يَوْمِها حتى يَسْتَبْرِئَها ، فإن كان يَطَؤُها فأعْتَقَها ، تزوَّجَها من يَوْمِه ، ومتى شاءَ ؛ لأنَّها فى مائِه . قال القاضى : معنى قوله : إن كان يَطَؤُها . أن يَحِلَّ له وَطْؤُها وهى التى قد اسْتَبْرَأَها . وقوله : إن كان لا يَطَؤُها . أى لا يَحِلُّ له وَطْؤُها وهى التى لم يَمْضِ عليها زَمانُ الاسْتِبْراءِ ، فلا يحلُّ له تَزَوُّجُها[٣٣] حتى يَسْتَبْرِئَها . وإذا مَضَى لها بعضُ الاسْتِبراءِ قبلَ عِتْقِها ، أَتَمَّتْه بعدَه ، ولا يَلْزَمُها اسْتِئْنافُ الاسْتِبراءِ ؛ لأنَّ الاستبراءَ وَجَبَ بالشِّراءِ ، لا بالعِتْقِ ، فيُحْسَبُ ابتداؤُه من حين وُجِدَ سَبَبُه[٣٤] .

فصل : وإذا[٣٥] قال : أَعْتِقْ عَبْدَكَ ، على أن أُزَوِّجَكَ ابْنَتِى . فأَعْتَقَه ، لم يَلْزَمْه أن يُزَوِّجَه ابْنَتَه ؛ لأنَّه سَلَفٌ فى نِكاحٍ[٣٦] ، وعليه قِيمةُ العَبْدِ . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ القَوْلَيْن[٣٧] : لا يَلْزَمُه شىءٌ ؛ لأنَّه لا فائدةَ له فى العِتْقِ . ولَنا ، أنَّه أزالَ مِلْكَه عن عَبْدِه

---

(٣٠) فى الأصل : « بإعتاقها » .

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) فى الأصل : « أمة » .

(٣٣) فى الأصل : « تزويجها » .

(٣٤) فى الأصل : « سبب » .

(٣٥) فى ا ، م : « وإن » .

(٣٦) فى م : « النكاح » .

(٣٧) فى م : « قوليه » .

بِعِوَضٍ شَرَطَه، فلزِمَه عِوَضُه ، كما لو قال : أَعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّى ، وعلىَّ ثَمَنُه . وكما لو قال : طَلِّقْ زَوْجَتَكَ ، وعلىَّ أَلْفٌ . فطَلَّقَها[38] ، أو قال[39] : أَلْقِ مَتاعَكَ فى البَحْرِ ، وعلىَّ ثَمَنُه . وبهذه الأُصُولِ يَبْطُلُ قَوْلُهم : إنَّه لا فائِدَةَ له فى العِتْقِ .

١١٣٥ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا قَالَ الْخَاطِبُ لِلْوَلِىِّ : / أَزَوَّجْتَ . فَقَالَ : نَعَم . وَقَالَ لِلْمُتَزَوِّجِ[1] : أَقَبِلْتَ . فَقَالَ : نَعَمْ . فَقَدِ انْعَقَدَ النِّكَاحُ إِذَا [2]كَانَ بِحَضْرَةِ شَاهِدَيْنِ[2]**) ٣٧/٧ ظ

وقال الشافعىُّ : لا يَنْعقِدُ حتى يقولَ معه : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى ، ويقولَ الزَّوْجُ : قَبِلْتُ هذا التَّزْوِيجَ ؛ لأنَّ هٰذَيْنِ رُكْنَا العَقْدِ ، فَلَا يَنْعَقِدُ بدُونِهما . ولَنا ، أنَّ نَعَمْ جوابٌ لقَوْلِه : أَزَوَّجْتَ وقَبِلْتَ ، والسؤالُ يكون مُضْمَرًا فى الجوابِ مُعَادًا فيه ، فيكونُ معنى نعم من الوَلِىِّ : زَوَّجْتُه ابْنَتِى . ومعنى نعم من المُتَزَوِّجِ : قَبِلْتُ هذا التَّزْوِيجَ . ولا احْتِمالَ فيه ، فيَجِبُ أن يَنْعَقِدَ به ، ولذلك لمَّا قال اللهُ تعالى : ﴿ فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُواْ نَعَمْ ﴾[3] . كان إقْرارًا منهم بوُجْدانِ ذلك أنَّهم وَجَدُوا ما وَعَدَهم رَبُّهُم حَقًّا . ولو قِيلَ لرَجُلٍ : لى عليكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ ؟ فقال : نعم . كان إقرارًا صَرِيحًا[4] لا يَفْتَقِرُ إلى نِيَّةٍ ، ولا يُرْجَعُ فى ذلك إلى تَفْسِيرِه ، وبِمِثْلِه تُقْطَعُ اليَدُ فى السَّرِقَةِ ، فوَجَبَ أن يَنْعَقِدَ به التَّزْوِيجُ ، كما لو لَفَظَ بذلك .

فصل : ولو قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . فقال : قَبِلْتُ . انْعَقَدَ النِّكاحُ . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه : لا يَنْعَقِدُ حتى يقولَ : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ ، أو هذا التزويجَ ،

---

(٣٨) سقط من : ب .

(٣٩) سقط من : الأصل ، ا .

(١) فى م : « للزوج » .

(٢ – ٢) فى م : « حضره شاهدان » .

(٣) سورة الأعراف ٤٤ .

(٤) فى ب ، م : « صحيحا » .

لأنه كِنايةٌ فى النِّكاحِ يفْتَقِرُ إلى النِّيَّةِ والإضْمارِ ، فلم ينْعَقِدْ به ، كلفظِ الهِبَةِ والبَيْعِ . ولَنا ، أنَّ القَبُولَ صريحٌ فى الجَوابِ ، فانْعَقَدَ به ، كما ينْعَقِدُ به البَيْعُ وسائرُ العُقُودِ . وقولُهم : يفْتَقِرُ إلى النِّيَّةِ . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّه جَوابٌ فلا يَنْصَرِفُ إلَّا إلى المذكورِ .

فصل : وينْعَقِدُ النِّكاحُ بلَفْظِ الإِنْكاحِ والتَّزْوِيجِ . والجوابُ عنهما إجماعًا ، وهما اللَّذانِ وَرَدَ بهما نَصُّ الكِتابِ فى قوله سُبْحانه : ﴿ زَوَّجْنَاكَهَا ﴾[5] . وقوله سبحانه : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ ﴾[6] . وسواءٌ اتَّفَقَا من الجانِبَيْنِ أو اخْتَلَفا ، مثل أن يقولَ : زَوَّجْتُكَ بِنْتِى هذه[7] . فيقولَ : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ ، أو هذا التَّزْوِيجَ[8] . ولا ينْعَقِدُ بغيرِ لَفْظِ الإِنْكاحِ والتَّزْوِيجِ . وبهذا قال سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعطاءٌ ، والزُّهْرِيُّ ، ورَبِيعةُ ، والشافعيُّ . وقال الثَّوْرِيُّ ، والحسنُ بن صالحٍ ، وأبو حنيفةَ ، وأصحابُه ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ، ودَاوُدُ : ينْعَقِدُ بلَفْظِ الهِبَةِ والصَّدَقةِ والبَيْعِ والتَّمْلِيكِ[9] . وفى لَفْظِ الإِجَارةِ عن أبى حنيفةَ روايتانِ . وقال مالكٌ : ينْعَقِدُ بذلك إذا ذَكَرَ المَهْرَ . واحْتَجُّوا بأنَّ النَّبىَّ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا امرأةً ، فقال : « قَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . رواه البُخارِىُّ[10] . ولأنَّه لَفْظٌ ينْعَقِدُ به تَزْوِيجُ / النَّبىِّ ﷺ ، فانْعَقَدَ به نِكاحُ أُمَّتِه ، كلَفْظِ الإِنْكاحِ والتَّزْوِيجِ ، [11]ولأنَّه أمْكَنَ[11] تَصْحِيحُه بمَجازِه ، فوَجَبَ تَصْحِيحُه ، كإيقاعِ الطَّلَاقِ بالكِنَايَاتِ . ولَنا ، قوله تعالى : ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِىِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِىُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾[12] . فذكَرَ ذلك خالِصًا لرسولِ اللهِ ﷺ ، ولأنَّه لَفْظٌ ينْعَقِدُ به غيرُ النِّكاحِ [13]فلم يَنْعَقِدْ به النِّكاحُ[13] ، كلَفْظِ الإِجارةِ والإِباحةِ والإِحْلالِ ، ولأنَّه ليس بصَرِيحٍ فى

٣٨/٧ و

---

(٥) سورة الأحزاب ٣٧ .

(٦) سورة النساء ٢٢ .

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(٨) فى ا ، م : « التزوج » .

(٩) فى ب : « والتملك » .

(١٠) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .

(١١ - ١١) فى ب : « ولأنها من » .

(١٢) سورة الأحزاب ٥٠ .

(١٣ - ١٣) سقط من : ا ، م .

النِّكاحِ ، فلا يَنْعَقِدُ به ، كالذى ذكَرْنا ؛ وهذا لأنَّ الشّهادةَ شَرْطٌ [١٤]فى النِّكاحِ[١٤] ، والكِنَايةُ إنَّما تُعْلَمُ[١٥] بالنِّيَّةِ ، ولا يُمْكِنُ الشَّهادةُ على النِّيَّةِ ، لِعَدَمِ اطِّلَاعِهِم عليها ، فيَجِبُ أن لا[١٦] يَنْعَقِدَ ، وبهذا فارَقَ بَقِيَّةَ العُقُودِ والطَّلاقِ . وأمَّا الخبرُ ، فقد رُوِىَ : « زَوَّجْتُكَها » و « أنْكَحْتُكَهَا » و « زَوَّجْناكَهَا » . من طُرُقٍ صحيحةٍ . والقِصَّةُ واحدةٌ ، والظاهرُ أن الرَّاوِىَ رَوَى بالمَعْنَى ظَنًّا منه أنَّ مَعْناهما[١٧] واحدٌ ، فلا تكونُ حُجَّةً ، وإن كان النَّبِىُّ ﷺ جَمَعَ بين الألفاظِ ، فلا حُجَّةَ لهم فيه ؛ لأنَّ النِّكاحَ انْعَقدَ بأحَدِها ، والباقى فَضْلَةٌ .

فصل : ومن قَدَرَ على لفظِ النِّكاحِ بالعَرَبِيَّةِ ، لم يَصِحَّ عَقْدُهُ[١٨] بغيرِها . وهذا أحدُ قَوْلَىِ[١٩] الشافعىِّ . وعند أبى حنيفةَ : يَنْعَقِدُ ؛ لأنَّه أتَى بلَفْظِه الخاصِّ ، فانْعَقَدَ به ، كما يَنْعَقِدُ بلَفْظِ العَرَبِيَّةِ . ولَنا ، أنَّه عَدَلَ عن لَفْظِ الإِنْكاحِ والتَّزْوِيجِ مع القُدْرَةِ ، فلم يَصِحَّ ، كلَفْظِ الإِحْلالِ . فأمَّا مَنْ لا يُحْسِنُ العربيَّةَ ، فيَصِحُّ منه عقدُ النِّكاحِ بِلِسَانِه ؛ لأنَّه عاجِزٌ عمَّا سِوَاه ، فسَقَطَ عنه كالأَخْرَسِ ، ويَحْتاجُ أن يَأْتِىَ بمَعْناهما الخاصِّ ، بحيث يَشْتَمِلُ على معنى اللَّفْظِ العَرَبِىِّ . وليس على مَنْ لا يُحْسِنُ العربيةَ تَعَلُّمُ ألفاظِ النِّكاحِ بها . وقال أبو الخَطَّابِ : عليه أن يَتَعَلَّم ؛ لأنَّ[١٨] ما كانت العربيَّةُ شَرْطًا فيه ، لَزِمَه أن يتعَلَّمها مع القُدْرةِ ، كالتَّكْبِيرِ . وَوَجْهُ الأوَّلِ أنَّ النكاحَ غيرُ واجبٍ ، فلم يَجِبْ تعلُّمُ أرْكانِه بالعربيَّةِ كالبَيْعِ ، بخِلافِ التَّكْبِيرِ . فإنْ كان أحدُ العاقِدَيْنِ[٢٠] يُحْسِنُ العربيَّةَ دُونَ

(١٤-١٤) فى الأصل : « للنكاح » .

(١٥) فى ا ، ب : « تعمل » .

(١٦) سقط من : ب ، م .

(١٧) فى الأصل ، ب : « معناهما » .

(١٨) سقط من : م .

(١٩) فى الأصل ، ب : « أقوال » .

(٢٠) فى ا ، م : « المتعاقدين » .

الآخر ، أتى الذى يُحْسِنُ العربيةَ بها ، والآخرُ يأتى بلسانِه . فإن كان أحَدُهُما لا يُحْسِنُ لِسانَ[21] الآخرِ ، احْتاجَ أن يَعْلَمَ أنَّ اللفظةَ التى أتى بها صاحِبُه لَفْظَةُ الإنْكاحِ ، بأن يُخْبِرَه بذلك ثِقَةٌ يَعْرِفُ اللِّسانَيْنِ جميعًا .

فصل : فأمَّا الأَخْرَسُ فإن فُهِمَتْ إشارَتُه صَحَّ نِكَاحُه بها ؛ لأنَّه معنًى لا يُسْتفادُ إلَّا من جِهَتِه[22] ، فصَحَّ / بإشارَتِه ، كبَيْعِه وطَلَاقِه ولِعَانِه ، وإن لم تُفْهَمْ إشارَتُه ، لم يَصِحَّ منه . كما لم يَصِحَّ غيرُه من التَّصرُّفاتِ القَوْلِيَّةِ ، ولأنَّ النِّكاحَ عَقْدٌ بين شَخْصَيْنِ ، فلابدَّ من فَهْمِ كلِّ واحدٍ منهما ما يَصْدُرُ عن[23] صاحِبِه . ولو فَهِمَ ذلك صاحِبُه العاقدُ معه ، لم يَصِحَّ حتى يَفْهَمَ الشُّهُودُ أيضًا ؛ لأنَّ الشهادةَ شَرْطٌ ، ولا يَصِحُّ على ما لا يُفْهَمُ . قال أحمدُ : لا يُزَوِّجُه وَلِيُّه . يعنى إذا كان بالِغًا ؛ لأنَّ الخَرَسَ لا يُوجِبُ الحَجْرَ ، فهو كالصَّمَمِ .

٣٨/٧ ظ

فصل : إذا تقدَّمَ القَبُولُ على الإيجابِ . لم يَصِحَّ . رِوايةً واحدةً ، سواءٌ كان بلَفْظِ الماضِى ، مثل أن يقولَ : تَزَوَّجْتُ ابْنَتَكَ . فيقول : زَوَّجْتُكَ . أو بلَفْظِ الطَّلَبِ ، كقَوْلِه : زَوِّجْنِى ابْنَتَك . فيقول : زَوَّجْتُكَها . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ : يَصِحُّ فيهما جميعًا ؛ لأنَّه قد وُجِدَ الإيجابُ والقَبُولُ ، فيَصِحُّ[24] كما لو تقدَّمَ الإيجابُ . ولَنا ، أنَّ القَبُولَ إنَّما يكونُ للإيجابِ ، فمتى وُجِدَ قبلَه لم يكُنْ قَبُولًا ؛ لعَدَمِ معناه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو تقدَّمَ بلَفْظِ الاسْتِفهامِ ، ولأنَّه لو تأَخَّرَ عن الإيجابِ بلَفْظِ الطَّلَبِ ، لم يَصِحَّ ، فإذا تقدَّمَ كان أَوْلَى ، كصِيغَةِ الاستفهامِ ، ولأنَّه لو أتى بالصِّيغَةِ المَشْرُوعةِ مُتَقَدِّمةً ، فقال : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ . فقال الوَلِىُّ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . لم يَصِحَّ ، فلأن لا

---

(٢١) فى ب : « كلام » .

(٢٢) فى م : « جهة واحدة » .

(٢٣) فى م : « من » .

(٢٤) فى الأصل ، ب : « فصح » .

يَصِحَّ إذا أتى بغيرِها أَوْلَى . وأمَّا البيعُ فلا يُشْتَرطُ فيه صِيغةُ الإيجابِ والقَبُولِ ، بل يَصِحُّ بالمُعاطاةِ، ولأنَّه لا يَتَعَيَّنُ فيه لَفظٌ ، (٢٥ بل يَصِحُّ ٢٥) بأىِّ لَفْظٍ كان ممَّا يُؤَدِّى المعنى ، ولا يَلْزَمُ الخُلْعُ ؛ لأنَّه يَصِحُّ تَعْلِيقُه على الشُّروطِ .

فصل : إذا عَقَدَ النِّكاحَ هازِلًا أو تَلْجِئةً ، صَحَّ ؛ لأنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « ثَلَاثٌ هَزْلُهُنَّ جِدٌّ ، وجِدُّهُنَّ جِدٌّ ؛ الطَّلَاقُ ، والنِّكاحُ ، والرَّجْعَةُ » . رواه التِّرْمِذِىُّ[٢٦] . وعن الحسنِ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ نَكَحَ لَاعِبًا ، أو طَلَّقَ لَاعِبًا ، أو أَعْتَقَ لَاعِبًا ، جَازَ »[٢٧] . وقال[٢٨] عمرُ : أَرْبَعٌ جائِزاتٌ إذا تَكَلَّمَ بِهِنَّ ؛ الطَّلَاقُ ، والنِّكاحُ ، والعَتَاقُ ، والنَّذْرُ . وقال علىٌّ : أَرْبَعٌ لا لَعِبَ فِيهِنَّ : الطَّلَاقُ ، والْعَتَاقُ ، والنِّكاحُ ، والنَّذْرُ .

فصل : إذا تَرَاخَى القَبُولُ عن الإيجابِ ، صَحَّ ، مادَاما فى المَجْلِسِ ، ولم يَتَشَاغَلَا عنه بغيرِه ؛ لأنَّ حُكْمَ المَجْلِسِ حكمُ حالةِ العَقْدِ ، بدليلِ القَبْضِ فيما يُشْتَرَطُ القبضُ فيه ، وثُبُوتِ الخِيَارِ فى عُقُودِ المُعاوَضَاتِ . فإن تفرَّقا قبلَ القَبُولِ ، بَطَلَ الإيجابُ ؛ فإنَّه لا يُوجَدُ معناه ، فإنَّ الإعْراضَ قد وُجِدَ من جِهَتِه بالتَّفرُّقِ ، فلا يكونُ قَبُولًا . وكذلك إن تَشاغَلا عنه[٢٩] بما يَقْطَعُه[٣٠] ؛ لأنَّه / مُعْرِضٌ عن العَقْدِ أيضا بالاشْتِغالِ عن ٣٩/٧و

(٢٥ - ٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) فى : باب ما جاء فى الجد والهزل فى الطلاق ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٥٦ ، ١٥٧ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الطلاق على الهزل ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٧ . وابن ماجه ، فى : باب من طلق أو أنكح أو راجع لاعبا ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٨ .

(٢٧) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب ما يجوز من اللعب فى النكاح والطلاق ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٣٥ .

(٢٨) فى م : « قال » .

(٢٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب صريح ألفاظ الطلاق ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٤١ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الطلاق لا رجوع فيه ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٧١ .

(٢٩) سقط من : ب .

(٣٠) فى الأصل : « قطعه » .

قَبُولِه . وقد نقل أبو طالبٍ ، عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ مَشَى إليه قومٌ فقالوا له : زَوِّجْ فلانًا . قال : قد زَوَّجْتُه على أَلْفٍ . فرَجَعُوا إلى الزَّوْجِ فأخبرُوه ، فقال : قد قَبِلْتُ . هل يكون هذا نِكاحًا ؟ قال : نعم . قال القاضى : هذا مَحْمُولٌ على أنَّه وَكَّلَ من قَبِلَ العَقْدَ فى المَجْلِسِ . وقال أبو بكرٍ : مسألةُ أبى طالبٍ تَتَوجَّهُ على قَوْلَيْنِ . واخْتارَ أنَّه لابُدَّ من القَبُولِ فى المَجْلِسِ ، وهو الصحيحُ إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : فإن أَوْجَبَ النِّكاحَ ، ثم زال عَقْلُه بجُنُونٍ أو إغماءٍ ، بَطَلَ حُكْمُ الإيجابِ ، ولم ينْعقِدْ بالقَبُولِ بعدَه ؛ لأنَّه[٣١] ما لم يُضامَّه القَبُولُ لم يكنْ عَقْدًا ، فبَطَلَ بزَوالِ العَقْلِ ، كالعُقُودِ الجائِزَةِ[٣٢] تَبْطُلُ بالمَوْتِ والجُنُونِ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وإن زال عَقْلُه بنَوْمٍ ، لم يَبْطُلْ حكمُ الإيجابِ ؛ لأنَّه لا يُبْطِلُ العُقُودَ الجائِزَةَ ، فكذلك هذا .

فصل : ولا يَثْبُتُ فى النِّكاحِ خِيارٌ ، وسواءٌ فى ذلك خِيارُ المَجْلِسِ وخِيارُ الشَّرْطِ . ولا نعلمُ أحدًا خالَفَ فى[٣٣] هذا ، وذلك لأنَّ الحاجةَ غيرُ داعِيةٍ إليه ، فإنَّه لا يَقَعُ فى الغالِبِ إلَّا بعدَ تَرَوٍّ ، وفِكْرٍ ، ومَسْألةِ كلِّ واحدٍ من الزَّوْجَيْنِ عن صاحِبه ، والمَعْرِفةِ بحالِه ، بخِلافِ البَيْعِ الواقِعِ فى الأَسْواقِ من غيرِ فِكْرٍ ولا رَوِيَّةٍ ، ولأنَّ النِّكاحَ ليس بمُعَاوَضةٍ مَحْضَةٍ ، ولهذا لا يُعْتَبَرُ فيه العِلْمُ بالمَعْقُودِ عليه برُؤْيةٍ ولا صِفَةٍ ، ويَصِحُّ من غير تَسْمِيةِ العِوَضِ ، ومع فَسادِهِ ، ولأنَّ ثُبُوتَ الخِيارِ فيه[٣٢] يُفْضِى إلى فَسْخِه بعدَ ابْتِذالِ المَرْأةِ ، فإنَّ فى فَسْخِه بعدَ العَقْدِ ضَرَرًا بالمرأةِ ، ولذلك أَوْجَبَ الطَّلاقُ قبل الدُّخولِ نِصْفَ الصَّدَاقِ .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن يَخْطُبَ العاقِدُ أو غيرُه قبلَ التَّواجُبِ ، ثم يكونُ العَقْدُ بعدَه ؛

---

(٣١) سقط من : ا ، م .

(٣٢) سقط من : م .

(٣٣) سقط من : الأصل .

لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « كُلُّ أمْرٍ ذِى بَالٍ لَا يُبْدَأُ فِيهِ بِالحَمْدِ للهِ ، فَهُوَ أَقْطَعُ »[٣٤] . وقالَ : « كُلُّ خُطْبَةٍ لَيْسَ فِيهَا شَهادةٌ ، فَهِىَ كَالْيَدِ الْجَذْمَاءِ »[٣٥] . رواهما ابنُ المُنْذِرِ .
ويُجْزِئُ من ذلك أن يَحْمَدَ اللهَ تعالى ، ويَتَشَهَّدَ ، ويُصَلِّىَ على رسولِ اللهِ ﷺ .
والمُسْتَحَبُّ أن يَخْطُبَ بخطْبةِ عبدِ اللهِ بن مسعودٍ التى قال : عَلَّمَنا رسولُ اللهِ ﷺ التَّشَهُّدَ فى الصلاةِ ، والتشهدَ فى الحاجةِ ، قال : التَّشَهُّدُ فى الحاجةِ : أَنِ الْحَمْدُ للهِ ، نَحْمَدُه، ونَسْتَعِينُهُ ، ونَسْتَغْفِرُهُ ، / ونَعُوذُ باللهِ مِنْ شُرُورِ أنْفُسِنَا ، مَنْ يَهْدِه اللهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ ، ومَنْ يُضْلِلْ فَلَا هَادِىَ لَهُ ، وأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلٰهَ إِلَّا اللهُ ، [٣٦] وأَشْهَدُ أنَّ [٣٦] مُحَمَّدًا عَبْدُه ورَسُولُه ، ويَقْرَأُ ثلاثَ آياتٍ : ﴿ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾[٣٧] . و : ﴿ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَاءَلُونَ بِهِ وَٱلْأَرْحَامَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾[٣٨] . و : ﴿ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ۞ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ ﴾[٣٩] الآية . رَوَاه أبو داوُدَ ، والتِّرمِذِىُّ[٤٠] . وقال : حَدِيثٌ حَسَنٌ . قال الخَلَّالُ : حَدَّثنا

٣٩/٧ ظ

---

(٣٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب الهدى فى الكلام ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٥٦٠ . وابن ماجه ، فى : باب خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٥٩ .

(٣٥) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الخطبة ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٥٦٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى خطبة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٠٢ ، ٣٤٣ .

(٣٦ - ٣٦) فى ا ، م : « وأن » .

(٣٧) سورة آل عمران ١٠٢ .

(٣٨) سورة النساء ١ .

(٣٩) سورة الأحزاب ٧٠ ، ٧١ .

(٤٠) خطبة التشهد فى الصلاة ، تقدم تخريجها فى : ٢ / ٢٢١ . وخطبة الحاجة أخرجها أبو داود ، فى : باب فى خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٩ . والنسائى ، فى : باب كيفية الخطبة ، من كتاب الجمعة ، المجتبى ٣ / ٨٥ ، ٨٦ . وابن ماجه ، فى : باب خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٩ . والدارمى ، فى : باب فى خطبة الحاجة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣٩٢ ، ٣٩٣ ، ٤٣٢ .

أبو سُلَيمانَ[٤١] إمامُ طَرَسُوسَ ، قال : كان الإمـامُ[٤٢] أحمدُ ابـن حَنْبـلٍ ، إذا حَضَرَ عَقْدَ[٤٣] نِكاحٍ ، فلم يُخْطَبْ فيه بخطْبةِ عبدِ الله بن مَسْعُودٍ ، قامَ وتَرَكَهُم . وهذا كان من أبي عبدِ الله [٤٤]على طريقِ[٤٤] المُبالغةِ فى استِحْبابها ، لا على الإيجابِ لها[٤٥] ؛ فإنَّ حَرْبَ بن إسماعيلَ قال : قلتُ لأحمدَ : فيَجِبُ أن تكونَ خُطْبةُ النِّكاحِ مثلَ قولِ ابنِ مَسْعُودٍ ؟ فوسَّع فى ذلك . وقد رُوِىَ عن ابنِ[٤٥] عُمَرَ ، أنَّه كان إذا دُعِىَ ليُزَوِّجَ ، قال : لا تفضُضُوا[٤٦] علينا النَّاسَ ، الحمدُ لله ، وصلَّى اللهُ على محمدٍ ، إنَّ فُلانًـا يَخْـطُبُ إليكم ، فإن أنكَحْتُمُوهُ فالحمدُ لله ، وإن رَدَدْتُمُوه فسُبحـانَ الله[٤٧] . والمُسْتَـحَبُّ خطْبةٌ واحدةٌ يَخْطُبُها الوَلِىُّ ، أو الزَّوجُ ، أو غيرُهما . وقال الشافعىُّ : المَسْنُـونُ خطْبتانِ ، هذه التى ذكَرْناها فى أوَّلِه ، وخطْبةٌ من الزَّوْجِ قبل قَبُولِه[٤٨] . والمَنْقُولُ عن النَّبىِّ ﷺ ، وعن السَّلَفِ ، خطْبةٌ واحدةٌ ، وهو أوْلَى ما اتُّبِعَ .

فصل : والخطْبـةُ غيـرُ واجبَـةٍ عنـدَ أحـدٍ من أهلِ العلـمِ عَلِمْنـاهُ ، إلَّا دَاودَ ، فإنَّـه أوْجَبَها ؛ لما ذكَرْناه . ولَنـا ، أنَّ رَجُلًا قال للنبىِّ ﷺ : يا رسولَ الله ، زَوِّجْنِيهَا . فقال رسولُ الله ﷺ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . مُتَّفَـقٌ عليـه[٤٩] . ولم يَذْكُـرْ

---

(٤١) لعله أبو سليمان داود بن عمرو بن زهير الضبى ، توفى ببغداد سنة ثمان وعشرين ومائتين . طبقات الحنابلة ١ / ١٥٥ .

(٤٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٣) فى الأصل : « عقدة » .

(٤٤-٤٤) فى م : « من » .

(٤٥) سقط من : م .

(٤٦) فى الأصل : « تعضنوا » . وفى ا ، ب ، م : « تعصفوا » . والمثبت من السنن الكبرى . أى : لا تفرقوا جمعهم .

(٤٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب كيف الخطبة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٨١ .

(٤٨) فى الأصل : « قوله » . وفى ب : « القبول » .

(٤٩) تقدم تخريجه فى : ٨ / ١٣٧ .

خطْبَةً . وخُطِبَ إلى ابنِ(٥٠) عمرَ مَوْلاةٌ له ، فما زادَ على أن قال : قد(٥١) أنْكَحْناكَ على ما أمَرَ اللهُ ، على إمْساكٍ بمَعْرُوفٍ ، أو تَسْرِيحٍ بإحْسانٍ(٥٢) . وقال جَعْفَرُ بن محمدٍ ، عن أبيه ، إن كان الحُسَيْنُ لَيُزَوِّجُ بعضَ بَناتِ الحَسَنِ ، وهو يَتَعَرَّقُ العَرْقَ(٥٣) . رَوَاهُما ابنُ المنذرِ . ورَوَى أبو داودَ(٥٤) ، بإسْنادِه عن رَجُلٍ من بنى سُلَيْمٍ ، قال : خَطَبْتُ إلى رسولِ اللهِ ﷺ أُمامةَ بنتَ عبدِ المُطَّلِبِ ، فأنْكَحَنى من غيرِ أن يَتَشَهَّدَ . ولأنَّه عَقْدُ مُعَاوَضةٍ ، فلم تَجِبْ فيه الخُطْبَةُ كالبَيْعِ ، وما اسْتَدَلُّوا به يَدُلُّ على عَدَمِ الكَمالِ بدونِ الخُطْبةِ ، لا على الوُجُوبِ .

٤٠/٧ و

فصل : ويُسْتَحَبُّ إعْلانُ النكاحِ ، والضَّرْبُ فيه بالدُّفِّ . / قال أحمدُ : يُسْتَحَبُّ أن يُظْهَرَ النِّكاحُ ، ويُضْرَبَ فيه بالدُّفِّ ، حتى يَشْتَهِرَ ويُعْرَفَ . وقيل له : ما الدُّفُّ ؟ قال : هذا الدُّفُّ . قال : لا بأسَ بالغَزَلِ فى العُرْسِ بمثلِ قولِ النَّبِىِّ ﷺ للأنصارِ : « أتَيْناكُم أتَيْناكُم ، فحَيُّونا نُحَيِّيكُم ، لَوْلا الذَّهَبُ الأحْمَرُ ما حُلَّتْ بوَادِيكُم ، ولَوْلا الحَبَّةُ(٥٥) السَّوداءُ ما سُرَّتْ عَذارِيكُم »(٥٦) . لا على ما يَصْنَعُ الناسُ اليومَ . ومن غيرِ هذا الوَجْهِ :

---

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب القول عند النكاح ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٨٨ ، ١٨٩ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الرجل يزوج أيشترط إمساكا بمعروف ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الشرط عند عقد النكاح . السنن ١ / ١٨٦ ، ١٨٧ . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب للولى من الخطبة والكلام ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤٧ .

(٥٣) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب القول عند النكاح ، من كتاب النكاح ٦ / ١٨٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى خطب النكاح ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٣٨١ .

(٥٤) فى : باب فى خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٩ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : باب من لم يزد على عقد النكاح ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤٧ .

(٥٥) فى م : « الحنطة » .

(٥٦) أخرجه البخارى ، فى : باب النسوة اللاتى يهدين المرأة إلى زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٢٨ . مختصرا . وابن ماجه ، فى : باب الغناء والدف ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٣ . والحاكم ، فى : باب الأمر بإعلان النكاح ، من كتاب النكاح . المستدرك ٢ / ١٨٣ ، ١٨٤ . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب من إظهار النكاح ... ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى ٧ / ٢٨٨ ، ٢٨٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٩١ .

« وَلَوْلَا الحِنْطَةُ الحَمْراءُ ، ما سَمِنَتْ عَذارِيكُم » . وقال أحمدُ أيضا : يُسْتَحَبُّ ضَرْبُ الدُّفِّ ، والصَّوْتُ[57] في الإمْلاكِ . فقيل له : ما الصَّوْتُ ؟ قال : يُتَكَلَّمُ ويُتَحَدَّثُ ويُظْهَرُ . والأصلُ في هذا ما رَوَى محمدُ بن حاطِبٍ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « فَصْلُ مَا بَيْنَ الحَلَالِ والحَرَامِ ، الصَّوْتُ والدُّفُّ في النِّكاحِ » . رواه النَّسائِيُّ[58] . وقال عليه السلامُ : « أَعْلِنُوا النكاحَ » وفي لفظ : « أَظْهِرُوا النِّكاحَ » . وكان يُحِبُّ[59] أن يُضْرَبَ عليه[60] بالدُّفِّ ، وفي لفظ : « واضْرِبُوا عَلَيْهِ بالغِرْبالِ »[61] . وعن عائشةَ ، أنَّها زَوَّجَتْ يَتِيمةً رَجُلًا من الأنصارِ ، وكانت عائشةُ في مَن أهْداها إلى زَوْجِها ، قالت : فلما رَجَعْنا قال لنا رسولُ الله ﷺ : « مَا قُلْتُمْ يا عَائِشَةُ ؟ » . قالت : سَلَّمْنا ، ودَعَوْنا بالبَرَكةِ ، ثم انْصَرَفْنا . فقال : « إنَّ الأنْصارَ قَوْمٌ فِيهِمْ غَزَلٌ ، أَلَا قُلْتُمْ يَا عَائِشَةُ : أَتَيْناكُم أَتَيْناكُم ، فحَيَّانَا وحَيَّاكُمْ »[62] . رَوَى هذا كلَّه أبو عبدِ الله ابن ماجَه ، في « سُنَنِه » . وقال أحمدُ ، رَحِمه الله : لا بَأْسَ بالدُّفِّ في العُرْسِ والخِتانِ ، وأكْرَه الطَّبْلَ ، وهو المُنْكَرُ ، وهو الكُوبَةُ ، التي نَهَى[63] عنها[64] النَّبِيُّ ﷺ[65] .

---

(57) في ب ، م : « والضرب » .

(58) في : باب إعلان النكاح بالصوت وضرب الدف ، من كتاب النكاح . المجتبى 6 / 104 .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذي 4 / 307 . وابن ماجه ، في : باب إعلان النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 1 / 611 . والإمام أحمد ، في : المسند 3 / 418 ، 4 / 259 .

(59) في ا ، ب ، م : « يحب » .

(60) في الأصل ، ا ، م : « عليها » .

(61) أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في إعلان النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذي 4 / 307 ، 308 . وابن ماجه ، في : باب إعلان النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 1 / 611 . والبيهقي ، في : باب ما يستحب من إظهار النكاح ... ، من كتاب الصداق . السنن الكبرى 7 / 290 . والإمام أحمد ، في : المسند 4 / 5 .

(62) انظر تخريجه في صفحة 467 .

(63) في الأصل : « ينهى » .

(64) سقط من : ا ، م .

(65) أخرج حديث النهي عن الكوبة أبو داود ، في : باب النهي عن المسكر ، وباب في الأوعية ، من كتاب الأشربة . =

فصل : فإن عَقَدَه بوَلِىٍّ وشاهِدَيْنِ ، فأَسَرُّوه ، أو تَوَاصَوْا بكِتْمانِه ، كُرِهَ ذلك ، وصَحَّ النِّكاحُ . وبه يقولُ أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ . وممَّن كرِهَ نِكاحَ السِّرِّ عمرُ[(66] بن الخَطَّابِ[66)] ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وعُرْوَةُ ، وعُبَيْد الله بن عَبْدِ الله بن عُتْبَـةَ ، والشَّعْبىُّ ، ونافعٌ مَوْلَى ابن عمرَ . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيز : النِّكاحُ باطِلٌ ؛ لأنَّ أحمدَ قال إذا تَزَوَّجَ بوَلِىٍّ وشاهِدَيْنِ : لا ، حتى يُعْلِنَه . وهذا مذهبُ مالكٍ[67] . والحُجَّةُ لهما ما تَقَدَّمَ فى[68] الفصلِ الذى قبلَ هذا . ولَنا ، / قولُه : « لَا نِكَاحَ إلَّا بوَلِىٍّ »[69] . مَفْهُومُه انْعِقادُه بذلك وإن لم يُوجَد الإِظْهارُ ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، فلم يُشْتَرَط إظْهارُه كالبَيْعِ ، وأَخْبارُ الإِعْلانِ يُرادُ بها الاسْتِحْبابُ ، بدليلِ أَمْرِه فيها بالضَّرْبِ بالـدُّفِّ والصَّوْتِ ، وليس ذلك بواجِبٍ ، فكذلك ما عُطِفَ عليه . وقول أحمدَ : لا . نَهْىُ كَراهةٍ ، فإنَّه قد صَرَّحَ فيما حَكَيْنا عنه قبلَ هذا باسْتِحْبابِ[70] ذلك[71] ، ولأنَّ إعْلانَ النِّكاحِ والضَّرْبَ فيه[72] بالدُّفِّ ، إنَّما يكونُ فى الغالبِ بعد عَقْدِه ، ولو كان شَرْطًا لَاعْتُبِرَ حالَ[73] العَقْدِ ، كسائرِ الشُّروطِ .

٧/ ٤٠ ظ

فصل : ويُسْتَحَبُّ عَقْدُ النكاحِ يوم الجُمُعةِ ؛ لأنَّ جَماعةً من السَّلَفِ اسْتَحَبُّوا ذلك ؛ منهم ضَمْرَةُ[74] بن حَبِيبٍ ، وراشدُ بن سعد[75] ، وحَبِيبُ بن عُتْبَةَ ، ولأنَّه يَوْمٌ

= سنن أبى داود ٢ / ٢٩٥ ، ٢٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٧٤ ، ٢٨٩ ، ٣٥٠ ، ٢ / ١٥٨ ، ١٦٥ ، ١٦٧ ، ١٧١ ، ١٧٢ .

(٦٦-٦٦) سقط من : ا ، م .

(٦٧) فى ب : « لمالك » .

(٦٨) فى الأصل : « من » .

(٦٩) تقدم تخريجه فى : ٥ / ٨٨ ، وفى صفحة ٣٤٥ .

(٧٠) فى ا : « بالاستحباب » .

(٧١) سقط من : ا ، ب .

(٧٢) فى ب : « عليه » .

(٧٣) فى ا ، ب ، م : « حالة » .

(٧٤) فى م : « سمرة » تحريف .

(٧٥) فى الأصل ، ا ، م : « سعيد » . وتقدم فى صفحة ٢٢١ .

شَرِيفٌ ، ويومُ عِيدٍ ، وفيه[٧٦] خَلَقَ اللهُ آدَمَ عليه السلام . [٧٧]والْمَسَابِه[٧٧] أَوْلَى . فإنَّ[٧٨] أبا حَفْصٍ رَوَى بإسْناده عن أبي هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَسُّوا بالإِمْلَاكِ ، فإنَّهُ أعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ »[٧٩] . ولأنَّه أقْرَبُ إلى مَقْصُودِه ، وأقَلُّ لِانْتِظارِه .

فصل : ويُسْتَحَبُّ أن يُقالَ للمُتَزَوِّجِ : بارَكَ اللهُ لك ، وبارَكَ عليك ، وجَمَعَ بَيْنَكُما فى خَيْرٍ وعافِيةٍ . وقد رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ رَأى على عبدِ الرَّحْمنِ أثَرَ صُفْرَةٍ ، فقال : « مَا هٰذَا ؟ » . فقال : إنِّى تَزَوَّجْتُ امْرَأةً[٨٠] على وَزْنِ نَواةٍ من ذَهَبٍ . قال : « بَارَكَ اللهُ لَكَ ، أَوْلِمْ وَلَوْ بشَاةٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[٨١] . قال بعضُ أهلِ العلمِ : وَزْنُ النواةِ خَمْسَةُ دَرَاهِم ، وذلك ثَلاثةُ مَثاقِيلَ ونِصْفٌ من الذَّهَبِ . وقال المُبَرِّدُ : الصَّوابُ عند أهلِ العَرَبيَّةِ[٨٢] أن يُقالَ : على نَوَاةٍ . فحَسْبُ ؛ فإنَّ النَّواةَ عندَهم اسْمٌ لخَمْسَةِ[٨٣] دَرَاهِم ، كما أنَّ الأُوقِيَّةَ أرْبَعُونَ دِرْهَمًا ، والنَّشَّ عِشْرُونَ . واللهُ أعلمُ .

فصل : ويُسْتَحبُّ أن يقولَ إذا زُفَّتْ إليه ، ما رَوَى صالحُ بن أحمدَ ، فى

---

(٧٦) فى م : « فيه » .

(٧٧–٧٧) فى الأصل : « والمسابة » . وفى ا ، ب ، م : « والمسابة » . وهو يعنى : « والمساء به » .

(٧٨) فى م : « بأن » .

(٧٩) لم نجده . وانظر : إرواء الغليل ٦ / ٢٢١ .

(٨٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨١) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ... ﴾ ، وباب الصفرة للمتزوج ... ، وباب كيف يدعى للمتزوج ، من كتاب النكاح ، وفى : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب الدعوات . صحيح البخارى ٧ / ٢٥ ، ٢٧ ، ١٠٢ . ومسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم جديد ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٤٢ ، ١٠٤٣ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢ ، ٣ . وابن ماجه ، فى : باب الوليمة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٥ . والدارمى ، فى : باب فى الوليمة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٣ .

(٨٢) فى م : « العلم بالعربية » .

(٨٣) فى م : « خمسة » .

« مَسائِله »(٨٤) ، عن أبيه ، حَدَّثنا دَاودُ عن أبى نَضْرَةَ ، عن أبى سعيدٍ مَوْلَى أبى أُسَيْدٍ ، قال : تَزَوَّجَ(٨٥) ، فحَضَرَه عبدُ الله بن مسعودٍ ، وأبو ذَرٍّ ، وحُذَيْفَةُ ، وغيرهُم من أصحابِ رسولِ الله ﷺ ، فحَضَرَتِ الصلاةُ ، فقَدَّمُوه وهو مَمْلوكٌ ، فصَلَّى بهم ، ثم قالوا له : إذا دَخَلْتَ على أهْلِكَ فصَلِّ رَكْعَتَيْنِ ، ثم خُذ بِرأْسِ أهْلِكَ ، فقُلْ : اللَّهُمَّ بارِكْ لى فى أهْلِى ، وبارِكْ لأهْلِى فِىَّ ، وارْزُقْهُم مِنِّى ، وارْزُقْنِى منهم . ثم شَأْنك وشَأْنَ أهْلِكَ(٨٦) . ورَوى أبو داودَ(٨٧) ، بإسْنادِه عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، عن النَّبىِّ / ﷺ ، أنَّه قال : « إذَا تَزَوَّجَ أحَدُكُم امْرَأَةً أو اشْتَرَى(٨٨) خادِمًا ، فلْيَقُلْ : اللَّهُمَّ إنِّى أسْأَلُكَ خَيْرَهَا وخَيْرَ مَا جَبَلْتَها عَلَيْهِ ، وأعُوذُ بك مِنْ شَرِّهَا وشَرِّ مَا جَبَلْتَها عَلَيْهِ . وإذَا اشْتَرَى بَعِيرًا ، فَلْيَأْخُذْ بِذُرْوَةِ سَنَامِهِ ، ولْيَقُلْ مِثْلَ ذٰلِكَ » .

٤١/٧ و

١١٣٦ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَيْس لِلْحُرِّ أنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أكْثَرَ مِنْ أرْبَعِ زَوْجَاتٍ)

أجْمَعَ أهلُ العلمِ على هذا ، ولا نعلمُ أحدًا خالَفَه منهم(١) ، إلَّا شيئًا يُحْكَى عن(٢) القاسمِ بن إبراهيمَ(٣) ، أنه أباحَ تِسْعًا ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ

---

(٨٤) فى م : « مسألة » .

(٨٥) أى أبو سعيد مولى أبى أسيد . وفى ا زيادة : « سالم » . خطأ .

(٨٦) تقدم تخريجه فى : ٣ / ٢٦ ، ٢٧ . ويضاف إليه : كما أخرجه عبد الرزاق أيضا ، فى : باب ما يبدأ الرجل الذى يدخل على أهله ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٩٢ .

(٨٧) فى : باب فى جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٨ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله ، من كتاب النكاح ، وفى : باب شراء الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ ، ٦١٨ ، ٢ / ٧٥٧ .

(٨٨) فى ا ، ب ، م : « واشترى » .

(١) سقط من : ا ، م .

(٢) فى م زيادة : « ابن » .

(٣) القاسم بن إبراهيم بن إسماعيل الحسنى الرسى ، ولد سنة تسع وستين ومائة ، وينسب إليه القاسمية من الزيدية . تاريخ التراث العربى ١ / ٣ / ٣٢٨ .

النِّسَاءِ مَثْنَى وثُلَاثَ ورُبَاعَ ﴾[4] . والواو للجَمْعِ ، ولأنَّ النَّبيَّ ﷺ مات عن تِسْعٍ . وهذا ليس بشيءٍ لأنَّه خَرْقٌ للإجماعِ ، وتَرْكٌ للسُّنَّةِ ، فإنَّ رسولَ الله ﷺ قال لغَيْلانَ بن سَلَمةَ ، حين أسْلَمَ وتَحْتَه عَشْرُ نِسْوةٍ : « أَمْسِكْ أرْبَعًا ، وفَارِقْ سائِرَهُنَّ » . وقال نَوْفَلُ ابن مُعَاوِيةَ : أسْلَمْتُ وتَحْتِي خَمْسُ نِسْوةٍ ، فقال لي[5] النَّبيُّ ﷺ : « فَارِقْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ » . روَاهما الشافعيُّ ، في « مُسْنَدِه »[6] . وإذا مُنِعَ من اسْتِدامةِ زِيَادَةٍ على[7] أرْبَعٍ ، فالابْتِداءُ أوْلَى ، فالآية أُرِيدَ بها التَّخْيِيرُ بين اثْنَتَيْنِ وثلاثٍ وأرْبَعٍ ، كما قال : ﴿ أُوْلِي أَجْنِحَةٍ مَّثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾[8] . ولم يُرِدْ أنَّ لكُلِّ مَلَكٍ تِسْعةَ أجْنِحَةٍ ، ولو أراد ذلك لقال : تِسْعةً . ولم يكُنْ للتَّطْوِيلِ مَعْنًى ، ومن قال غيرَ هذا فقد جَهِلَ اللغةَ العربيةَ . وأمَّا النَّبيُّ ﷺ فمَخْصُوصٌ بذلك ، ألا تَرَى أنَّه جَمَعَ بين أرْبَعَةَ عَشَرَ .

١١٣٧ – مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لِلْعَبْدِ أنْ يَجْمَعَ إلَّا اثْنَتَيْنِ)

أجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّ للعَبْدِ أن يَنْكِحَ اثْنَتَيْنِ ، واخْتَلَفُوا في إبَاحَةِ الأرْبَعِ ، فمذْهَبُ أحمدَ ، أنَّه لا يُبَاحُ له[1] إلَّا اثْنَتانِ وهو[2] قولُ عمرَ بن الخطَّاب ، وعليٍّ ، وعبدِ الرحمنِ بن

---

(٤) سورة النساء ٣ .

(٥) سقط من : ا ، م .

(٦) في : كتاب النكاح . ترتيب مسند الشافعي ٢ / ١٦ .

كما أخرج الأول الترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذي ٥ / ٦٠ ، ٦١ . وابن ماجه ، في : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٨ . والإمام مالك ، في : باب جامع الطلاق ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢ / ٥٨٦ . والإمام أحمد ، في المسند ٢ / ٤٤ .

وكما أخرج الثاني البيهقي ، في : باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٨٤ .

(٧) في ا ، م : « عن » .

(٨) سورة فاطر ١ .

(١) سقط من : ب .

(٢) في الأصل ، م : « هذا » .

عَوْفٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، وبه قال عطاءٌ ، والحَسَنُ ، والشَّعْبِىُّ ، وقَتادةُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشَّافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال القاسمُ بن محمدٍ ، وسالمُ بن عبدِ اللهِ ، وطاوُسٌ ، ومُجاهِدٌ ، والزُّهْرِىُّ ، ورَبِيعةُ ، ومالكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداودُ : له نِكاحُ أرْبَعٍ ؛ لعُمُومِ الآية ، ولأنَّ هذا[3] طَرِيقُهُ[4] اللَّذَّةُ والشَّهْوةُ ، فساوَى العَبْدُ الحُرَّ فيه ، كالمَأْكُولِ . ولَنا ، قولُ مَن سَمَّيْنا من الصَّحابةِ ، ولم يُعْرَفْ لهم مُخالِفٌ فى عَصْرِهِم ، فكان[5] إجماعًا . وقد رَوَى لَيْثُ بن أبى سُلَيْمٍ ، عن الحَكَمِ بن عُتَيْبَةَ[6] ، قال : أجْمَعَ أصحابُ رَسُولِ / اللهِ ﷺ ، على أنَّ العَبْدَ لا يَنْكِحُ أكثرَ من اثْنَتَيْنِ[7] . ويُقَوِّى هذا ما رَوَى الإمامُ أحمدُ ، بإسْنادِه عن محمدِ بن سِيرِينَ ، أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، سَأَلَ الناسَ : كم يَتَزَوَّجُ العَبْدُ ؟ فقال عبدُ الرحمنِ بن عَوْفٍ : باثْنَتَيْنِ[8] ، وطَلَاقُه باثْنَتَيْنِ[8] . فدَلَّ[9] هذا على أنَّ ذلك كان بمَحْضَرٍ من الصَّحابةِ وغيرِهم ، فلم يُنْكَرْ ، وهذا يَخُصُّ عُمُومَ الآيةِ ، على أنَّ فيها ما يَدُلُّ على إرادةِ الأحْرارِ ، وهو قوله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[10] . ويُفارِقُ النِّكاحُ المَأْكُولَ ، فإنَّه مَبْنِىٌّ على التَّفَضُّلِ[11] . ولهذا فارَقَ النبىُّ ﷺ فيه أُمَّتَه ، ولأنَّ فيه مِلْكًا ، والعَبْدُ يَنْقُصُ فى المِلْكِ عن الحُرِّ .

٧/٤١ ظ

---

(٣) فى الأصل ، م : « هذه » .

(٤) فى م : « طريقة » .

(٥) فى ب : « فيكون » .

(٦) فى الأصل ، ا ، م : « عقبة » . وتقدم فى : ٣ / ٤٤٩ .

(٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح العبد وطلاقه ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٨ .

(٨) فى الأصل ، ا ، ب : « ثنتين » .

وأخرجه الشافعى ، فى : باب فى العدة ، من كتاب الطلاق . ترتيب مسند الإمام الشافعى ٢ / ٥٧ . والبيهقى ، فى : باب نكاح العبد وطلاقه ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٨ .

(٩) فى الأصل : « ويدل » .

(١٠) سورة النساء ٣ .

(١١) لعل الصواب : « التفضيل » .

١١٣٨ – مسألة ؛ قال : (وَلَهُ أنْ يَتَسَرَّى بِإِذْنِ سَيِّدِهِ)

هذا هو[1] المَنْصُوصُ عن أحمدَ فى رِوايةِ الجماعةِ . وهو قولُ ابنِ عمرَ ، وابن عباسٍ ، والشَّعْبِىِّ ، والنَّخَعِىِّ ، والزُّهْرِىِّ ، ومالكٍ ، والأَوْزَاعىِّ[2] ، وأبى ثَوْرٍ . وكَرِهَ ذلك ابنُ سِيرِينَ ، وحَمَّادُ بن أبى سُلَيمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وللشافعىِّ فيه[3] قَوْلانِ مَبْنِيَّانِ على أنَّ العَبْدَ هل يَملِكُ بتَمْلِيكِ سَيِّده أو لا ؟ وقال القاضى أبو يَعْلَى : يَجبُ أن يكونَ فى مَذْهَبِ أحمدَ فى تَسَرِّى العَبْدِ وَجْهان ، مَبْنِيَّانِ على الرِّوايَتَيْنِ فى ثُبوتِ المِلْكِ له بتَمْلِيكِ سَيِّده . واحْتجَّ مَنْ مَنَعَ ذلك بأنَّ العَبْدَ لا يَمْلِكُ المالَ ، ولا يَجُوزُ له[4] الوَطْءُ إلَّا فى نِكاحٍ أو مِلْكِ يَمينٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾[5] . ولَنا ، قولُ ابنِ عمرَ وابنِ عباسٍ ، ولا نَعْرِفُ لهما فى الصَّحابةِ مُخالِفًا . روَى الأَثْرَمُ ، بإسْنادِه عن ابنِ عمرَ ، أنَّه كان لا يَرَى بَأْسًا أن يتَسَرَّى العَبْدُ ، ونحوَه عن ابنِ عباسٍ[6] . ولأنَّ العَبْدَ يَمْلِكُ[7] النِّكاحَ ، فمَلَكَ التَّسَرِّىَ ، كالحُرِّ . وقولُهم : إنَّ العَبْدَ لا يَمْلِكُ المالَ . ممنوعٌ ؛ فإنَّ النَّبىَّ ﷺ قال : « مَنِ اشْتَرَى عَبْدًا ، وَلَهُ مَالٌ »[8] . فجعَلَ المالَ له ، ولأنَّه آدَمِىٌّ ، فمَلَكَ[9] المالَ كالحُرِّ ، وذلك لأنَّه بآدَمِيَّتِه يتَمَهَّدُ لأَهْلِيَّةِ المِلْكِ ، إذْ كان

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م زيادة : « والثورى » . ويأتى .

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥) سورة المؤمنون ٦ ، ٧ .

(٦) ما رواه الأثرم عن ابن عمر وابن عباس ، رواه أيضا عبد الرزاق ، فى : باب استسرار العبد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢١٤ ، ٢١٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى العبد يتسرى ، من رخص فيه ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٧٤ . وسعيد بن منصور ، فى : باب المرأة تلد لستة أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٦٩ ، ٧٠ . والبيهقى ، فى : باب استسرار العبد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٢ .

(٧) فى الأصل ، ا زيادة : « فى » .

(٨) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٢١ .

(٩) فى الأصل : « فتملك » .

اللهُ تعالى خَلَقَ الأَموالَ للآدَمِيِّينَ ، لِيَسْتَعِينُوا بها على القِيامِ بوَظائِفِ التَّكالِيفِ ، وأداءِ[10] العِباداتِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾[11] . والعَبْدُ داخِلٌ فى العُمُومِ ، ومن أَهْلِ التَّكْلِيفِ والعباداتِ ، فيكونُ أَهْلًا للمِلْكِ ، ولذلك مَلَكَ فى النِّكاحِ ، وإذا ثَبَتَ المِلْكُ للْجَنِينِ ، مع كَوْنِه نُطْفَةً لا حَياةَ فيها ، باعْتِبارِ مَآلِه إلى الآدَمِيَّةِ ، فالعَبْدُ الذى هو آدَمِيٌّ مُكَلَّفٌ أَوْلَى . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا يَجُوزُ له التَّسَرِّى إلَّا بإذْنِ سَيِّدِه ، ولو مَلَّكَه سَيِّدُه جارِيةً ، / لم يُبَحْ له وَطْؤُها حتى يَأْذَنَ [12]له فيه[12] ؛ لأنَّ مِلْكَه ناقِصٌ ، ولِسَيِّدِه نَزْعُه منه متى شاء من غيرِ فَسْخِ عَقْدٍ ، فلم يكُنْ له التَّصرُّفُ فيه إلَّا بإذْنِ سَيِّدِه . فإن أُذِنَ له فقال : تَسَرَّاها[13] . أو : أَذِنْتُ لك فى وَطْئِها . أو ما دَلَّ عليه ، أُبِيحَ له ، وما وُلِدَ له من التَّسَرِّى فحُكْمُه حكمُ مِلْكِه ؛ لأنَّ الجارِيةَ مَمْلُوكةٌ له ، فكذلك وَلَدُها . وإن تَسَرَّى بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، فالوَلَدُ مِلْكٌ لسَيِّدِه[14] .

42/7 و

فصل : وله التَّسَرِّى بما شاء ، إذا أَذِنَ له السَّيِّدُ فى ذلك . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّ مَن جازَ له التَّسَرِّى ، جاز [15]له بغيرِ[15] حَصْرٍ كالحُرِّ . فإن أَذِنَ له وأَطْلَقَ ، فلَه[16] التَّسَرِّى[17] بواحِدَةٍ . وكذلك إذا أَذِنَ له فى التَّزوِيجِ ، لم يَجُزْ أن يتزَوَّجَ أكثرَ من واحدةٍ . وبهذا قال أصحابُ الرَّأْيِ . [18]وقال أبو ثَوْرٍ : إذا[18] أُذِنَ له فى التَّزوِيجِ ، فعَقَدَ على اثْنَتَيْنِ فى عَقْدٍ ، جاز . ولَنا ، أنَّ الإذْنَ المُطْلَقَ يتناوَلُ أَقَلَّ ما يَقَعُ عليه الاسمُ يَقِينًا ، وما زاد

---

(10) فى ب : « وقضاء » .

(11) سورة البقرة 29 .

(12 – 12) سقط من : ب .

(13) فى م : « تسر بها » .

(14) فى ب ، م : « سيده » .

(15 – 15) فى م : « من غير » .

(16) سقط من : م .

(17) فى م زيادة : « تسرى » .

(18 – 18) فى م : « وأبو ثور وإذا » .

مَشْكوكٌ فيه ، فيَبْقَى على الأصْلِ ، كما لو أُذِنَ له[19] فى طَلَاقِ امْرَأتِه[20] ، لم يكُنْ له أن يُطَلِّقَ أكثرَ من واحدةٍ . ولأنَّ الزَّائِدَ على الواحدةِ يَحْتَمِلُ أن يكونَ غيرَ مُرَادٍ ، فيَبْقَى على أصْلِ التَّحْرِيمِ ، كما لو شَكَّ هل أُذِنَ له أو لا ؟ .

فصل : والمُكاتَبُ كالعَبْدِ القِنِّ ، لا يتزوَّجُ ولا يَتَسَرَّى إلَّا بإذْنِ سَيِّده ؛ لأنَّ فى ذلك إتْلافًا للمالِ الذى فى يَدَيْه ، وقد قال عليه السلامُ : « المُكاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِىَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ »[21] . وأمَّا المُعْتَقُ بعضُه ، فإذا مَلَكَ بجُزْئِه الحُرِّ جارِيةً ، فمِلْكُه تامٌّ ، وله الوَطْءُ بغيرِ إذْنِ سَيِّده ؛ لقولِه سبحانه : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[22] . ولأنَّ مِلْكَه عليها تامٌّ ، له التَّصرُّفُ فيها بما شاءَ بغيرِ إذْنِ سَيِّده ، فكذلك الوَطْءُ ، وما فيه من الرِّقِّ لا يَمْنَعُه من اسْتِيفاءِ ما يَمْلِكُه ، كما له أن يَتَصرَّفَ ويأْكُلَ ما مَلَكَه بنِصْفِه الحُرِّ . وقال القاضى : حُكْمُه حكمُ القِنِّ . وهو مَنْصُوصُ الشافعىِّ . وقال بعضُ أصْحابه كقَوْلِنا . واحْتجَّ من مَنَعَ ذلك بأنَّه لا يُمْكِنُه الوَطْءُ بنِصْفِه الحُرِّ وَحْدَه ، ولذلك[23] مَنَعْناه التَزْوِيجَ حتى يَأْذَنَ له سَيِّدُه. ولَنا، أنَّه لا حَقَّ لِسَيِّده فيها، ولا يَلْحَقُه ضَرَرٌ باسْتِمْتاعِه منها، فلم يُعْتَبرْ إذْنُه فيه[24] ، كاسْتِخْدامِها . وأمَّا التَّزْوِيجُ ، فإنَّه يَلْزَمُه[25] به حُقُوقٌ تتعلَّقُ بجُمْلَتِه ، فاعْتُبِرَ رِضَى السَّيِّدِ ، ليكونَ راضِيًا بتَعَلُّقِ الحَقِّ بمِلْكِه ، بخِلافِ مَسْألَتِنا ، فإنَّ الحَقَّ له لا عليه . فأمَّا إن أَذِنَ له السَّيِّدُ[26] فيه جازَ ، إلَّا عندَ مَنْ مَنَعَ[27] العَبْدَ التَّسَرِّىَ ، لأنَّه كالقِنِّ فى قَوْلِهم .

---

(19) سقط من : ب .

(20) فى الأصل : « امرأة » .

(21) تقدم تخريجه فى صفحتى ١٢٤ ، ١٢٥ .

(22) سورة النساء ٣ .

(23) فى ا ، ب ، م : « وكذلك » .

(24) فى ا ، م : « فيها » .

(25) فى الأصل : « يتعلق » .

(26) فى م : « سيده » .

(27) فى الأصل : « يمنع » .

٤٢/٧ ظ

فصل : نَقَلَ محمدُ بن مَاهان / ، عن أحمدَ : لا بَأْسَ للعَبْدِ أن يَتَسَرَّى إذا أُذِنَ له سَيِّدُه ، فإن رَجَعَ السيدُ ، فليس له أن يَرْجِعَ إذا أُذِنَ له مَرّةً وتَسَرَّى . وكذلك نَقَلَ عنه إبراهيمُ بن هانئ ، ويعقوبُ ابن بَخْتانَ ، ولم أَرَ عنه خِلَافَ هذا ، فظاهرُ هذا أنَّه إذا تَسَرَّى بإذْنِ السَّيِّدِ[28] لم يَمْلِكِ السَّيِّدُ الرُّجُوعَ ؛ لأنَّه يَمْلِكُ به البُضْعَ ، فلم يَمْلِكْ سَيِّدُه فَسْخَه ، قِياسًا على النِّكاحِ . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ بالتَّسَرِّى هٰهُنا التزويجَ ، وسَمَّاهُ تَسَرِّيًا مَجازًا ، ويكونُ للسَّيِّدِ الرُّجوعُ فيما مَلَكَ عَبْدُه . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ خِلَافُ هذا ؛ وذلك لأنَّه مَلَّكَه بُضْعًا أُبِيحَ له وَطْؤُه ، فلم يَمْلِكْ رُجُوعَه فيه ، كما لو زَوَّجَه . [29]وما ذكَره فى هذا الفَصْلِ مُناقِضٌ لما ذكَر قبلَه فى صَدْرِ المسألةِ ، من قوله : ولسَيِّدِه نَزْعُه منه متى شاءَ من غيرِ فَسْخٍ[29] .

١١٣٩ ــ مسألة ؛ قال : (**وَمَتَى طَلَّقَ الْحُرُّ أو العَبْدُ طَلَاقًا يَمْلِكُ[1] الرَّجْعةَ أو لا يَمْلِكُهَا[2] ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَها حَتَّى تَنْقَضِىَ[3] عِدَّتُهَا ، وكَذٰلِكَ إذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْ أرْبَعٍ ، لَمْ يَتَزَوَّجْ حَتَّى تَنْقَضِىَ عِدَّتُهَا ، وكَذٰلِكَ الْعَبْدُ إذَا طَلَّقَ إحْدَى زَوْجَتَيْه**)

وجملةُ ذلك أنَّ الرَّجُلَ إذا تَزَوَّجَ امرأةً ، [4]حُرِّمَتْ عليه[4] أُمُّها على التَّأْبِيدِ ، وتُحَرَّمُ عليه أُخْتُها وعَمَّتُها وخالَتُها وبِنْتُ أَخِيها وبنتُ أُخْتِها تَحْرِيمَ جَمْعٍ ، وكذلك إذا[5] تَزَوَّجَ الحُرُّ أرْبَعًا ، حُرِّمَتِ الخامسةُ تَحْرِيمَ جَمْعٍ . وإن تَزَوَّجَ العَبْدُ اثنتَيْن ، حُرِّمَتِ الثالثةُ

---

(٢٨) فى ب : « سيده » .

(٢٩ – ٢٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(١) فى ا زيادة : « فيه » .

(٢) فى ا ، ب ، م : « يملك » .

(٣) فى ب : « تقضى » .

(٤ – ٤) فى الأصل : « حرم على » .

(٥) فى م : « إن » .

تحريمَ جمعٍ . فإذا طَلّقَ زَوْجَته طَلاقًا رَجْعِيًّا ، فالتَّحْريمُ باقٍ[٦] بحالِه فى قولِهم جميعًا ، وإن كان الطلاقُ بائنًا أو فَسْخًا ، فكذلكَ عندَ إمامِنا حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وزيدِ بن ثابتٍ . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، ومُجاهدٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال القاسمُ بن محمدٍ ، وعُرْوَةُ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المنذرِ : له نِكاحُ جميعِ مَنْ سَمَّيْنا فى تحريمِ الجَمْعِ . ورُوِىَ ذلك عن زيدِ بن ثابتٍ ؛ لأنَّ المُحَرَّمَ الجَمْعُ بينهما فى النِّكاحِ ، بدليلِ قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ . أى نِكَاحُهُنَّ ، ثم قال : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾[٧] . مَعْطُوفًا عليه ، والبائِنُ ليست فى نِكاحِه ، ولأنَّها بائِنٌ فأشْبهتِ المُطَلَّقةَ قبلَ الدُّخولِ . ولَنا ، قولُ علىٍّ ، وابنِ عباسٍ . ورُوِىَ عن عَبِيدَةَ السَّلْمانِىِّ أنَّه قال : ما أَجْمَعَتِ الصَّحابةُ على شىءٍ ، كإجْماعِهِم على أرْبَعٍ قبلَ الظُّهْرِ ، وأن لا تُنْكَحَ امْرَأةٌ فى عِدَّةِ أُخْتِها . ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ باللهِ / والْيَوْمِ الآخِرِ ، فَلَا يَجْمَعْ مَاءَهُ فِى رَحِمِ أُخْتَيْنِ »[٨] . ورُوِىَ عن أبى الزِّنادِ ، قال : كان للوَلِيدِ بن عبدِ المَلِكِ أرْبَعُ نِسْوةٍ ، فطَلَّقَ واحدةً ألْبَتَّةَ ، وتَزَوَّجَ[٩] قبلَ أن تَحِلَّ ، فعابَ ذلك عليه كثيرٌ من الفُقهاءِ ، وليس كلُّهم عابَه[١٠] . قال سعيدُ بن منصورٍ : إذا عابَ عليه سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، فأىُّ شىءٍ بَقِىَ ! ولأنَّها مَحْبُوسةٌ عن النِّكاحِ لِحَقِّه ، أشْبَهَ مالو كان الطَّلاقُ رَجْعِيًّا ، ولأنَّها مُعْتَدَّةٌ فى حَقِّه ، أشْبَهتِ الرَّجْعِيةَ ، وفارَقَ المُطَلَّقةَ قبلَ الدُّخولِ بها[١١] .

٤٣/٧و

---

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سورة النساء ٢٣ .

(٨) انظر تلخيص الحبير ، فى : باب موانع النكاح ، من كتاب النكاح . التلخيص ٣ / ١٦٦ .

(٩) فى الأصل : « وزوج » .

(١٠) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب الحكم فى امرأة المفقود ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٤٠٠ .

(١١) فى الأصل : « بهذا » .

فصل : ولو أسْلَم زَوْجُ المَجُوسِيَّةِ أو الوَثَنِيَّةِ ، أو انْفَسَخَ النِّكاحُ بين الزَّوْجَيْنِ بِخُلْعٍ أو رَضاعٍ أو فَسْخٍ بعَيْبٍ أو إعْسارٍ أو غيره ، لم يكُنْ له أن يتزوَّجَ أحدًا ممَّن يَحْرُمُ الجَمْعُ بينه وبين زَوْجَتِه حتى تَنْقضِيَ عِدَّتُها ، (12) سواءٌ قُلْنا بتَعْجيلِ الفُرْقَةِ أو لم نَقُلْ . وإن أسْلَمَتْ زَوْجَتُه ، فتزوَّجَ أُخْتَها فى عِدَّتِها (12) ، ثم أسْلَما فى عِدَّةِ الأُولَى ، اخْتارَ منهما واحدةً ، كما لو تزوَّجَهما مَعًا . وإن أسْلَمَ بعدَ انْقضاءِ عِدَّةِ الأُولَى ، بانَتْ ، وثَبَتَ نِكاحُ الثانيةِ .

فصل : إذا أعْتَقَ أُمَّ وَلَدِه (13) ، أو أمَةً كان يُصِيبُها ، فليس له أن يتزوَّجَ أُخْتَها حتى يَنْقَضِيَ اسْتِبْراؤُها . نَصَّ عليه أحمدُ فى أُمِّ الوَلَدِ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدُ بن الحسنِ : يَجُوزُ ؛ لأنَّها ليست بزَوْجَةٍ (14) ، ولا فى عِدَّةٍ من نِكاحٍ . ولَنا ، أنَّها مُعْتَدَّةٌ منه ، فلم يَجُزْ له نِكاحُ أُخْتِها ، كالمُعْتَدّةِ من نِكاحٍ أو وَطْءٍ بشُبْهةٍ ، ولأنَّه لا يَأْمَنُ أن يكونَ ماؤُه فى رَحِمِها ، فيكونَ داخِلًا فى عُمُومِ من جَمَعَ ماءَه فى رَحِمِ أُخْتَيْنِ ، ولا يُمْنَعُ من نِكاحِ أرْبَعٍ سِوَاها . ومَنَعَه زُفَرُ . وهو غَلَطٌ ؛ لأنَّ ذلك جائزٌ قبلَ إعْتاقِها ، فبَعْدَه أوْلَى .

فصل : ولا يُمْنَعُ من نِكاحِ أمَةٍ فى عِدَّةِ حُرَّةٍ بائنٍ . ومَنَعَه أبو حنيفةَ ، كما يَحْرُمُ عليه أن يتزوّجَها فى صُلْبِ نِكَاحِها . ولَنا ، أنَّه عادِمٌ للطَّوْلِ ، خائِفٌ للعَنَتِ ، فأُبِيحَ له نِكاحُها ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ (15) . الآية . ولا نُسَلِّمُ أنه لا يَجُوزُ فى صُلْبِ نِكَاحِ الحُرَّةِ ، بل يجوزُ إذا تَحقَّقَ الشَّرْطان .

فصل : وإن زَنَى بامْرأةٍ ، فليس له أن يَتزَوَّجَ أُخْتَها (16) حتى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها ، وحُكْمُ العِدَّةِ من الزِّنَى والعِدَّةِ من وَطْءِ الشُّبْهةِ ، كحُكْمِ العِدَّةِ من النِّكاحِ . فإن زَنَى بأُخْتِ امْرأتِه ، فقال أحمدُ : يُمْسِكُ عن وَطْءِ امْرأتِه حتى تَحِيضَ ثلاثَ حِيَضٍ . وقد

(12 - 12) سقط من : ب .

(13) فى م : « الولد » .

(14) فى م : « زوجة » .

(15) سورة النساء 25 .

(16) فى م : « بأختها » .

ذُكِرَ عنه فى المَزْنِىِّ بها أنَّها تُسْتَبْرَأُ[17] بحيضَةٍ ؛ لأنَّه وَطءٌ فى[18] غيرِ نكاحٍ ، ولا أحْكامُه أحْكامُ النكاحِ . ويَحْتَمِلُ أن لا تَحْرُمُ بذلك أُخْتُها ، ولا أرْبَعٌ سِوَاها ؛ لأنَّها / ليست مَنْكُوحةً ، ومُجَرَّدُ الوَطْءِ لا يَمْنَعُ ، بدَلِيلِ الوَطْءِ فى مِلْكِ اليَمينِ لا يَمْنَعُ أرْبَعًا سِوَاها .

٤٣/٧ ظ

فصل : وإذا ادَّعَى الزَّوجُ أنَّ امْرَأتَه أخْبرَتْه بانْقِضاءِ عِدَّتِها فى مُدَّةٍ يجوزُ انْقِضاؤُها فيها ، وكَذَّبَتْه ، أُبِيحَ له نِكاحُ أُخْتِها وأرْبَعٍ سِوَاها فى الظاهرِ ، فأمَّا فى الباطِنِ ، فمَبْنِىٌّ[19] على صِدْقِه فى ذلك ؛ لأنَّه حَقٌّ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فيُقْبَلُ قَوْلُه فيه ، ولا يُصَدَّقُ فى نَفْيِ نَفَقَتِها وسُكْناها ونَفْيِ النَّسَبِ ؛ لأنَّه حَقٌّ لها ولوَلَدِها ، فلا يُقْبَلُ[20] قولُه فيه . وبه قال الشافعىُّ وغيرُه . وقال زُفَرُ : لا يُصَدَّقُ فى شىءٍ ؛ لأنَّه قولٌ واحدٌ ، لا يُصَدَّقُ فى بعضِ حُكْمِه ، فلا يُصَدَّقُ فى البعضِ الآخَرِ ، قياسًا لأحَدِهما على الآخَرِ ؛ وذلك لأنَّه لا يُمْكِنُ أن يكونَ القَوْلُ الواحدُ صِدْقًا كَذِبًا . ولَنا ، أنَّه قولٌ يتضَمَّنُ إبْطالَ حَقٍّ لغيرِه ، وحقًّا له لا ضَرَرَ على غيرِه فيه ، فوَجَبَ أن يُصَدَّقَ فى أحَدِهما دُونَ الآخَرِ ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا ، ثم أقَرَّ أنَّ البائعَ كان أعْتَقَه ، صُدِّقَ فى حُرِّيَّتِه ، ولم يُصَدَّقْ فى الرُّجُوعِ بثَمَنِه . وكذلك[21] لو أقَرَّ أنَّ امرأتَه أُخْتُه من الرَّضاعِ قبلَ الدُّخولِ ، صُدِّقَ فى بَيْنُونَتِها وتَحْريمِها عليه ، ولم يُصَدَّقْ فى سُقُوطِ مَهْرِها .

١١٤٠ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ خَطَبَ امْرَأةً ، فزُوِّجَ بغَيْرِهَا ، لَمْ يَنْعَقِدِ النِّكَاحُ)

معنى ذلك أن يَخْطُبَ الرجلُ امرأةً بعَيْنِها ، فيُجابَ إلى ذلك ، ثم يُوجَبَ له النِّكاحُ فى

---

(١٧) فى م : « تستبرئ » .
(١٨) فى م : « من » .
(١٩) فى ا ، ب ، م : « فيبنى » .
(٢٠) فى م : « فيقبل » .
(٢١) فى م : « وكما » .

غيرِها ، وهو يَعْتَقِدُ أنَّها التى خَطَبَها ، فيَقْبَلُ ، فلا يَنْعَقِدُ النِّكاحُ ؛ لأنَّ القَبُولَ انْصَرَفَ إلى غيرِ مَنْ وُجِدَ الإيجابُ فيه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو ساوَمَه بثَوْبٍ وأوْجَبَ العَقْدَ فى غيرِه بغيرِ عِلْمِ المُشْتَرِى . فلو عَلِمَ الحالَ بعدَ ذلك ، فرَضِىَ ، لم يَصِحَّ . قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ خَطَبَ جارِيةً ، فزَوَّجُوه أُخْتَها ، ثم عَلِمَ بعدُ : يُفَرَّقُ بينهما ، ويكونُ الصَّداقُ على وَلِيِّها ؛ لأنَّه غَرَّه ، ويُجَهَّزُ إليه أُخْتَها التى خَطَبَها بالصَّداقِ الأوَّلِ ، فإن كانت تلك قد وَلَدَتْ منه ، يَلْحَقُ به الوَلَدُ . وقولُه : يُجَهَّزُ إليه أُخْتَها . يعنى - واللهُ أعلم - بعَقْدٍ جديدٍ ، بعدَ انْقِضاءِ عِدَّةِ هذه إن كان أصابَها ؛ لأنَّ العَقْدَ الذى عَقَدَه لم يَصِحَّ فى واحدةٍ منهما ؛ لأنَّ الإيجابَ صَدَرَ فى إحْداهما ، والقبولَ فى الأُخْرَى[1] ، فلم يَنْعَقِدْ فى هذه ولا فى تلك . فإن اتَّفَقُوا على تجديدِ عَقْدٍ فى إحداهما أيَّتِهما كان ، جازَ . وقال أحمدُ ، فى رجلٍ تزوَّجَ امرأةً ، فأُدْخِلَتْ عليه أختُها : لها المَهْرُ بما أصابَ منها ، ولأُخْتِها المَهْرُ . قيل : يَلْزَمُه مَهْران ؟ قال : نعم ، ويَرْجِعُ على وَلِيِّها ، هذه مثل التى / بها بَرَصٌ أو جُذامٌ ، علىٌّ يقول : ليس عليه غُرْمٌ . وهذا ينبغِى أن يكونَ فى امرأةٍ جاهلةٍ بالحالِ[2] أو بالتَّحْرِيمِ ، أمَّا إذا عَلِمَتْ أنَّها ليست زَوْجةً ، وأنَّها مُحَرَّمةٌ عليه ، وأمْكَنَتْه من نَفْسِها ، فلا يَنْبَغِى أن يَجِبَ لها صداقٌ ؛ لأنَّها زانِيةٌ مُطاوِعَةٌ[3] . فأمَّا إن جَهِلَتِ الحالَ ، فلها المَهْرُ ، ويَرْجِعُ به على مَنْ غَرَّه . ورُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى رَجُلَيْنِ تزَوَّجا امْرأتينِ ، فزُفَّتْ كلُّ امرأةٍ إلى زَوْجِ الأُخْرَى : لهما الصَّداقُ ، ويَعْتَزِلُ كلُّ واحدٍ منهما امْرأتَه حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها[4] . وبه قال النَّخَعِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ .

٤٤/٧و

فصل : مِن شَرْطِ صِحَّةِ النِّكاحِ تَعْيِينُ الزَّوْجينِ ؛ لأنَّ كلَّ عاقِدٍ ومَعْقُودٍ عليه يَجِبُ تَعْيِينُهما ، كالمُشْتَرِى والمَبِيعِ ، ثم يُنْظَرُ ، فإن كانت المرأةُ حاضرةً ، فقال : زَوَّجْتُكَ

---

(١) فى م : « أخرى » .

(٢) فى الأصل ، ب : « الحال » .

(٣) فى م : « تطاوعه » .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب الاختلاف فى مهرها ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧ / ٤٤١ . وعبد الرزاق ، فى : باب نكاحها فى عدتها ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٠٩ .

هذه . صَحَّ ، فإنَّ الإشارةَ تكفِي فى التَّعْيِينِ ، فإن زادَ على ذلك ، فقال : بِنْتِى هذه ، أو هذه فلانةَ . كان تأكيدًا ، وإن كانت غائِبةً ، فقال : زَوَّجْتُكَ بِنْتِى . وليس له سِواها ، جاز . فإن سَمَّاها باسْمِها مع ذلك ، كان تأكِيدًا . فإن كان له ابْنتانِ أو أكثرُ ، فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . لم يَصِحَّ حتى يَضُمَّ إلى ذلك ما تَتَميَّزُ به ، من اسْمٍ أو صِفَةٍ ، فيقولَ : زَوَّجْتُكَ ابنتِى الكُبْرَى أو الوُسْطَى أو الصُّغْرَى . فإن سَمَّاها مع ذلك كان تأكِيدًا . وإن قال : زَوَّجْتُكَ ابنتِى عائشةَ ، أو فاطمةَ . صَحَّ . وإن كانت له ابنةٌ واحدةٌ اسْمُها فاطمةُ ، فقال : زَوَّجْتُكَ فاطمةَ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ هذا الاسمَ مُشْتَرَكٌ بينها وبين سائرِ الفَواطِمِ ، حتى يقولَ مع ذلك : ابْنَتِى . وقال بعضُ الشَّافعيَّةِ : يصِحُّ إذا نَوَياها جميعًا . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّ النِّكاحَ تُعْتَبَرُ فيه الشَّهادةُ على وَجْهٍ يُمْكِنُ أداؤُها إذا ثَبَتَ به العَقْدُ ، وهذا متعذِّرٌ فى النِّيَّةِ ، ولذلك لو قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . وله بَناتٌ ، لم يَصِحَّ حتى يُمَيِّزَها بلَفظِه . وإن قال : زَوَّجْتُكَ فاطمةَ ابنةَ فُلانٍ . احْتاجَ أن يَرْفَعَ فى نَسَبِها حتى يَبْلُغَ ما تَتَميَّزُ به عن النِّساءِ .

فصل : فإن كان له ابْنَتانِ ، كُبْرَى اسْمُها عائشةُ ، وصُغْرَى اسمُها فاطمةُ ، فقال : زَوَّجْتُك ابْنَتِى عائشةَ . وقَبِلَ الزَّوْجُ ذلك ، وهما يَنْوِيانِ الصُّغْرَى ، لم يَصِحَّ . ذكَره أبو حَفْصٍ . وقال القاضى : يَصِحُّ فى التى نَوَياها . وهذا غيرُ صحيحٍ ؛ لوَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّهما لم يَتَلَفَّظَا بما يَصِحُّ العَقْدُ بالشَّهادةِ عليه ، فأشْبَهَ ما لو قال : زَوَّجْتُكَ عائشةَ . فقط . أو ما لو قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . ولم يُسَمِّها ، وإذا لم يَصِحَّ / فيما إذا لم يُسَمِّها ، ففيما إذا سَمَّاها بغيرِ اسْمِها أوْلَى أن لا يَصِحَّ . والثانى ، أنَّه لا يصحُّ النِّكاحُ حتى تُذْكَرَ المرأةُ بما تَتَميَّزُ به ، ولم يُوجَدْ ذلك ، فإنَّ اسْمَ أُخْتِها لا يُمَيِّزُها ، بل يَصْرِفُ العَقْدَ عنها . وإن كان الوَلِىُّ يريدُ الكُبْرَى ، والزَّوْجُ يَقْصِدُ الصُّغْرَى ، لم يَصِحَّ ، كمسألةِ الْخِرَقِىِّ ، فيما إذا خَطَبَ امرأةً وزُوِّجَ غيرَها ؛ لأنَّ القَبُولَ انْصَرَفَ إلى غيرِ مَنْ وُجِدَ الإيجابُ فيه . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ إذا لم يتَقدَّمْ ذلك ما يَصْرِفُ القَبُولَ إلى الصُّغْرَى ، من خِطْبَةٍ ونحوِها ، فإنَّ العَقْدَ بلَفظِه مُتَناوِلٌ للكُبْرَى ، ولم يُوجَدْ ما يَصْرِفُه عنها ، فصَحَّ ، كما لو نَوَياها . ولو نَوَى الوَلِىُّ الصُّغْرَى ، والزَّوْجُ الكبرَى ، أو نَوَى الولىُّ الكبرَى ، ولم

٤٤/٧ظ

يَدْرِ الزوجُ أيَّتهما هى ، فعَلَى الأوَّلِ لا يَصِحُّ التَّزويجُ ؛ لعَدَمِ النِّيَّةِ منهما فى التى يتَناوَلُهما لَفْظُهما . وعلى الاحتمالِ الذى ذكَرْناه ، يَصِحُّ فى المُعَيَّنةِ باللَّفظِ ؛ لما ذكَرْناه .

فصل : فإن كان له ابنةٌ واحدةٌ ، فقال لرَجُلٍ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . وسَمَّاها بغيرِ اسْمِها ، فقال القاضى : يَصِحُّ . وهو قولُ أصْحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ قولَه ابْنَتِى آكَدُ من التَّسْمِيةِ ؛ لأنَّها لا مُشارَكةَ فيها ، والاسْمُ مُشْتركٌ . ولو قال : زَوَّجْتُكَ هذه . وأشارَ إليها ، وسَمَّاها بغير اسْمِها ، يَجِبُ أن يَصِحَّ على هذا التَّعْلِيلِ .

فصل : ولو قال : زَوَّجْتُكَ حَمْلَ هذه المرأةِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ له حكمُ البناتِ قبلَ الظُّهورِ ، فى غيرِ الإرْثِ والوَصِيَّةِ ، ولأنَّه لم يتَحَقَّقْ أنَّ فى البَطْنِ بِنْتًا ، فأشْبَهَ ما لو قال : زَوَّجْتُكَ مَنْ فى هذه الدارِ . وهما لا يَعْلَمان مَن[5] فيها . ولو قال : إذا وَلَدَت امْرأتِى بِنتًا زَوَّجْتُكَها . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه تَعْلِيقٌ للنِّكاحِ على شَرْطٍ ، والنِّكاحُ لا يتعلَّقُ [6]على شَرْطٍ[6] ، ولأنَّ هذا مُجَرَّدُ وَعْدٍ لا يَنْعَقِدُ به عَقْدٌ .

١١٤١ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا تَزَوَّجَها ، وشَرَطَ لَهَا أنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ دَارِهَا أو بَلَدِهَا[1] ، فَلَهَا شَرْطُهَا ؛ لِمَا رُوِىَ عَنِ النَّبِىِّ ﷺ أنَّهُ قَالَ : « أحَقُّ مَا أوْفَيْتُم بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ مَا اسْتَحْلَلْتُم بِهِ الفُرُوجَ » . وإن تَزَوَّجَها ، وشَرَطَ لَهَا أنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَلَهَا فِرَاقُهُ إذَا[2] تَزَوَّجَ عَلَيْهَا)

وجملةُ ذلك أنَّ الشروطَ فى النِّكاحِ تنْقَسِمُ أقْساما ثلاثةً ؛ أحدها ، ما يَلْزَمُ الوفاءُ به ، وهو ما يَعُودُ إليها نَفْعُه وفائِدَتُه ، مثل أن يَشْتَرِطَ لها أن لا يُخْرِجَها من دارِها أو بَلَدِها ، أو لا يُسافِرَ بها ، أو لا يتَزَوَّجَ عليها ، ولا يتَسَرَّى عليها ، فهذا يَلْزَمُه الوفاءُ لها به ، فإن لم يَفْعَلْ

---

(٥) فى ا ، ب ، م : « ما » .
(٦ – ٦) فى الأصل : « بشرط » .
(١) فى م : « وبلدها » .
(٢) فى الأصل : « إن » .

فلها فَسْخُ النكاحِ . يُرْوَى هذا عن عمرَ بن الخطابِ ، وسعدِ بن أبي وَقّاصٍ ، ومعاويةَ ، وعمرِو بن العاصِ ، رَضِيَ / اللهُ عنهم . وبه قال شُرَيْحٌ ، وعمرُ بن عبد العزيزِ ، وجابرُ بن زيدٍ ، وطاوُسٌ ، والأوْزاعيُّ ، وإسحاقُ . وأبْطَلَ هذه الشروطَ الزُّهْرِيُّ ، وقَتادَةُ ، وهشامُ بن عُرْوَةَ ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ . قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ : ويَفْسُدُ المَهْرُ دون العَقْدِ ، ولها مَهْرُ المِثْلِ . واحْتَجُّوا بقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، وإنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ »[3] . وهذا ليس في كِتابِ الله ؛ لأنَّ الشَّرْعَ لا يَقْتَضِيه . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « المُسْلِمونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ ، إلَّا شَرْطًا أحَلَّ حَرَامًا ، أو حَرَّمَ حَلَالًا »[4] . وهذا يُحَرِّمُ الحَلالَ ، وهو التزويجُ والتَّسَرِّي والسَّفَرُ ، ولأنَّ هذا شَرْطٌ ليس من مَصْلحةِ العَقْدِ ولا مُقْتَضاه ، ولم يُبْنَ على التَّغْلِيبِ والسِّرَايةِ ، فكان فاسِدًا ، كما لو شَرَطَتْ أن لا تُسَلِّمَ نَفْسَها . ولَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « إنَّ أحَقَّ ما وَفَّيْتُمْ[5] بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ[6] ما اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ » . رواه سعيدٌ[7] . وفي لَفْظٍ[8] : « إنَّ أحَقَّ الشُّرُوطِ أنْ تُوفُوا بِهَا ، مَا اسْتَحْلَلْتُم بِهِ الفُرُوجَ » . مُتَّفَقٌ عليه[9] . وأيضا قولُ النبيِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ على

---

(٣) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٢٦ .

(٤) تقدم تخريجه في : ٦ / ٣٠ . ويضاف إليه : وأخرجه الترمذي ، في : باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذي ٦ / ١٠٣ ، ١٠٤ .

(٥) في الأصل ، ا ، م : « أوفيتم » .

(٦) في م : « الشرط » .

(٧) في : باب ما جاء في الشرط في النكاح . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٨٠ .

(٨) في م : « رواية » .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ... ، من كتاب الشروط . صحيح البخاري ٣ / ٢٤٩ . ومسلم ، في : باب الوفاء بالشرط في النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يشترط لها دارها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٣ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذي ٥ / ٥٨ . والدارمي ، في : باب الشرط في النكاح ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤ / ١٤٤ ، ١٥٠ ، ١٥٢ .

شُرُوطِهِمْ » . ولأنَّه قولُ مَنْ سَمَّيْنا من الصَّحابةِ ، ولا نعلمُ لهم مُخالِفًا فى عَصْرِهم ، فكان إجماعًا . ورَوَى الأَثْرَمُ بإسْنادِه ، أنَّ رَجُلًا تزوَّجَ امرأةً ، وشَرَطَ لها دارَها ، ثم أراد نَقْلَها ، فخاصَمُوه إلى عمرَ ، فقال : لها شَرْطُها . فقال الرجلُ : إذًا تُطَلِّقِينَا . فقال عمرُ : مَقَاطِعُ الحُقُوقِ عندَ الشُّرُوطِ[10] . ولأنَّه شَرْطٌ لها فيه مَنْفعةٌ ومَقْصُودٌ لا يَمْنَعُ المَقْصُودَ من النِّكاحِ ، فكان لازِمًا ، كما لو شَرَطَتْ عليه زِيادةً فى المَهْرِ أو غيرَ نَقْدِ البَلَدِ . وقولُه عليه السلام : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِى كِتَابِ اللهِ ، فَهُوَ باطِلٌ » . أى ليس فى حُكْمِ اللهِ وشَرْعِه ، [11]وهذا مَشْرُوعٌ[11] ، وقد ذكرْنا ما دَلَّ على مَشْرُوعِيَّتِه ، على أنَّ الخِلافَ فى مَشْرُوعيَّتِه وعلى مَنْ نَفَى ذلك الدليلُ . وقولُهم : إنَّ هذا يُحَرِّمُ الحَلَالَ . قُلْنا : لا يُحَرِّمُ حلالًا ، وإنما يُثْبِتُ للمَرْأةِ خِيارَ الفَسْخِ إن لم يَفِ لها به . وقولُهم : ليس من مَصْلَحَتِه . قُلْنا : لا نُسَلِّمُ ذلك ؛ فإنَّه من مصلحةِ المرأةِ ، وما كان من مصلحةِ العاقِدِ كان من مصلحةِ عَقْدِه ، كاشْتِراطِ الرَّهْنِ والضَّمِينِ فى البَيْعِ ، ثم يَبْطُلُ بالزِّيادةِ على مَهْرِ المِثْلِ ، وشَرْطِ غيرِ نَقْدِ البَلَدِ . إذا ثَبَتَ أنَّه شَرْطٌ لازِمٌ فلم يَفِ لها به ، فلها الفَسْخُ ؛ ولهذا قال الذى قَضَى عليه عمرُ بلُزُومِ الشَّرْطِ : إذًا تُطَلِّقِينَا . فلم يَلْتَفِتْ عمرُ إلى ذلك ، وقال : / مقاطِعُ الْحُقُوقِ عِنْدَ الشُّرُوطِ . ولأنَّه شَرْطٌ لازِمٌ فى عَقْدٍ ، فيُثْبِتُ[12] حَقَّ الفَسْخِ بتَرْكِ الوَفاءِ به ، كالرَّهْنِ والضَّمِينِ فى البَيْعِ .

٧/٤٥ ظ

فصل : فإن شَرَطَتْ عليه أن يُطَلِّقَ ضَرَّتَها ، لم يَصِحَّ الشَّرْطُ ؛ لما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : نَهَى النَّبِىُّ ﷺ أن تَشْتَرِطَ المرأةُ طَلاقَ أُخْتِها . وفى لفظٍ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال :

---

(١٠) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يتزوج المرأة ويشترط لها دارها ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٩٩ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الشرط فى النكاح . السنن ١ / ١٨٥ .

(١١ - ١١) سقط من : الأصل .

(١٢) فى الأصل : « فثبت » .

« لَا تَسْأَلُ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا (١٣ لِتَكْتَفِئَ مَا فِي صَحْفَتِهَا ١٣) ، وَلْتَنْكِحْ ، (١٤ فَإِنَّ لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . رواهما البُخَارِيُّ ١٤) . والنَّهْىُ يقتَضِى فسادَ المَنْهِىِّ عنه ، ولأنَّها شَرَطَتْ عليه فَسْخَ عَقْدِه ، وإبْطالَ حَقِّه وحَقِّ امْرَأتِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطتْ عليه فَسْخَ بَيْعِه . وقال أبو الخَطَّاب : هو شَرْطٌ لازمٌ ؛ لأنَّه لا يُنافِى العَقْدَ ، ولها فيه فائدةٌ ، فأشْبَهَ ما لو شَرَطتْ عليه أن لا يتزوَّجَ عليها . ولم أرَ هذا لغيرِه ، وقد ذكَرْنا ما يَدُلُّ على فَسادِه ، وعلى قياسِ هذا ما(١٥) لو شَرَطَتْ عليه بَيْعَ أَمَتِه . القسم الثانى ، ما يَبْطُلُ الشَّرْطُ ، ويَصِحُّ العَقْدُ ، مثل أن يَشْتَرِطَ أن لا مَهْرَ لها ، أو أن لا يُنْفِقَ عليها ، أو(١٦) إن أصْدَقَها رَجَعَ عليها ، أو تَشْتَرِطَ عليه أن لا يَطَأَها ، أو يَعْزِلَ عنها ، أو يَقْسِمَ لها أقَلَّ من قَسْمِ صاحِبَتِها أو أكْثَرَ ، أو(١٦) لا يكونَ عندَها فى الجُمُعةِ إلَّا ليلةً ، أو شَرَطَ لها النهارَ دون الليلِ ، أو شَرَطَ على المرأةِ(١٧) أن تُنْفِقَ عليه ، أو تُعْطِيَه شيئا ، فهذه الشُّروطُ كلُّها باطِلةٌ فى نَفْسِها ؛ لأنَّها تُنافِى مُقْتَضَى العَقْدِ ، ولأنَّها تتضَمَّنُ إسْقاطَ حُقُوقٍ تَجِبُ بالعَقْدِ قبلَ انْعِقادِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أسْقَطَ الشَّفِيعُ شُفْعَتَه قبلَ البَيْعِ . فأمَّا العقدُ فى نَفْسِه فصَحِيحٌ ؛ لأنَّ هذه الشروطَ تَعُودُ إلى معنًى زائِدٍ فى العَقْدِ ، لا يُشْتَرَطُ ذِكْرُه ، ولا يَضُرُّ الجَهْلُ به ، فلم يُبْطِلْه(١٨) ، كما لو

(١٣ - ١٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٤ - ١٤) سقط من : م .

وتقدم التخريج فى : ٦ / ٣٠٦ . ويضاف إليه فيما يخص ما روى هنا : والبخارى ، فى : باب الشروط فى الطلاق ، من كتاب الشروط . وفى : باب وكان أمر الله قدرا مقدورا ، من كتاب القدر . صحيح البخارى ٣ / ٢٥١ ، ٨ / ١٥٣ . ومسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٩ ، ١٠٣٠ . وأبو داود ، فى : باب فى المرأة تسأل زوجها طلاق امرأة له ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥٠٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا تسأل المرأة طلاق أختها ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥ / ١٦٥ ، ١٦٦ . والنسائى ، فى : باب النهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح ، وفى : باب بيع المهاجر للأعرابى ، وباب النجش ، من كتاب البيوع . المجتبى ٦ / ٩٥ ، ٧ / ٢٢٤ ، ٢٢٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٤١ ، ٤٢ ، ٥٠٨ ، ٥١٢ ، ٥١٦ .

(١٥) سقط من : ا ، م .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) فى الأصل : « امرأته » .

(١٨) فى م : « يبطل » .

شَرَطَ فى العَقْدِ صَدَاقًا مُحَرَّمًا ، ولأنَّ النِّكاحَ يَصِحُّ مع الجَهْلِ بالعِوَضِ ، فجازَ أن يَنْعَقِدَ مع الشَّرطِ الفاسدِ ، كالْعَتَاقِ . وقد نَصَّ أحمدُ ، فى رَجُلٍ تَزَوَّجَ امرأةً ، وشَرَطَ عليها أن يَبِيتَ عندَها فى كلِّ جُمُعةٍ ليلةً ، ثم رَجَعَتْ وقالت : لا أرْضَى إلَّا ليلةً وليلةً . فقال : لها أن تَنْزِلَ بطِيبِ نَفْسٍ منها ، فإنَّ ذلك جائزٌ . وإن قالتْ : لا أرْضَى إلَّا بالمُقاسَمةِ . كان[19] ذلك حَقًّا لها ، تُطالِبُه إن شاءتْ . ونقل عنه الأثْرَمُ ، فى الرَّجُلِ يتزوَّجُ المرأةَ ويَشْتَرِطُ عليها أن يَأْتِيَها فى الأيَّامِ : يجوزُ الشَّرْطُ ، فإن شاءتْ رَجَعَتْ . وقال فى الرجلِ يتزوَّجُ المرأةَ على أن تُنْفِقَ عليه فى كل شهرٍ خَمْسةَ دَرَاهِم ، أو عَشْرةَ دَرَاهِم : النكاحُ جائزٌ ، ولها أن تَرْجِعَ فى هذا الشَّرْطِ . وقد نُقِلَ عن أحمدَ كلامٌ فى بعضِ هذه الشُّروطِ ، يَحْتَمِلُ إبْطالَ العَقْدِ . نَقَلَ عنه المَرُّوذِىُّ / فى النَّهارِيَّاتِ واللَّيْلِيَّاتِ : ليس هذا من نِكاحِ أهلِ الإِسْلامِ . وممَّن كَرِهَ تَزْوِيجَ النَّهارِيَّاتِ حَمَّادُ بن أبى سُليمانَ ، وابن شُبْرُمَةَ . وقال الثَّوْرِىُّ : الشَّرْطُ باطِلٌ . وقال أصْحابُ الرَّأْىِ : إذا سَأَلَتْهُ أن يَعْدِلَ لها ، عَدَلَ . وكان الحَسَنُ ،[20] وعطاءٌ ، لا يَرَيانِ بِنكاحِ النهارِيَّاتِ بَأْسًا . وكان الحسنُ[20] لا يَرَى بأسًا أن يتزَوَّجَها ، على أن يَجْعَلَ لها من[21] الشهرِ أيَّامًا مَعْلُومةً . ولعل كَرَاهةَ مَنْ كَرِهَ ذلك ، راجِعٌ إلى إبْطالِ الشَّرْطِ ، وإجَازةَ مَنْ أجازَه ، راجعٌ إلى أصْلِ النِّكاحِ ، فتكونُ أقوالُهم مُتَّفِقَةً على صِحَّةِ النِّكاحِ وإبْطالِ الشَّرْطِ ، كما قُلْنا . واللهُ أعلم . وقال القاضى : إنَّما كَرِهَ أحمدُ هذا النِّكاحَ ؛ لأنَّه يَقَعُ على وَجْهِ السِّرِّ ، ونِكاحُ السِّرِّ مَنْهِىٌّ عنه ؛ فإن شُرِطَ عليه تَرْكُ الوطءِ ، احْتَمَلَ أن يَفْسُدَ العَقْدُ ؛ لأنَّه شَرْطٌ يُنافِى المقصودَ من النكاحِ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وكذلك إن شُرِطَ عليه أن لا تُسَلِّمَ إليه ، فهو بمَنْزِلةِ ما لو اشْتَرَى شيئا على أن لا يَقْبِضَه[22] . وإن شَرَطَ عليها أن لا يَطَأَها ، لم يَفْسُدْ ؛ لأنَّ الوَطْءَ حَقُّه عليها ، وهى لا تَمْلِكُه عليه . ويَحْتَمِلُ أن يَفْسُدَ ؛ لأنَّ لها فيه حقًّا ، ولذلك تَمْلِكُ مُطالَبَته به إذا

٤٦/٧ و

---

(١٩) فى الأصل : « فإن » .

(٢٠ - ٢٠) سقط من : ب .

(٢١) فى ب ، م : « فى » .

(٢٢) فى ب : « يقتضيه » .

آلى ، والفَسْخَ إذا تعذَّرَ بالجَبِّ والعُنَّةِ . القسم الثالث ، ما يُبْطِلُ النكاحَ من أصْلِه ، مثل أن يَشْتَرِطَا تأْقِيتَ النِّكاحِ ، وهو نِكاحُ المُتْعةِ ، أو أن يُطَلِّقَها فى وَقْتٍ بعَيْنِه ، أو يُعَلِّقَه على شَرْطٍ ، مثل أن يقولَ : زَوَّجْتُكَ إن رَضِيَتْ أُمُّها ، أو فلانٌ . أو يشْتَرِطَ الخيارَ فى النِّكاحِ لهما ، أو لأحَدِهما ، فهذه شروطٌ باطِلةٌ فى نَفْسِها ، ويَبْطُلُ بها النِّكاحُ . وكذلك إن جَعَلَ صَدَاقَها تَزْوِيجَ امرأةٍ أُخْرَى ، وهو نِكاحُ الشِّغَارِ ، ونَذْكُرُ ذلك فى مَوْضِعِه[٢٣] ، إن شاء اللهُ تعالى. وذكر أبو الْخَطَّابِ ، فيما إذا شَرَطَ الخِيارَ ، أو[٢٤] إنْ رَضِيَتْ أُمُّها ، أو إن جاءَها بالمَهْرِ فى وقتِ كذا ، وإلَّا فلا نِكاحَ بينهما ، رِوَايتَيْنِ ؛ إحداهما ، النِّكاحُ صحيحٌ[٢٥] ، والشَّرْطُ باطلٌ . وبه قال أبو ثَوْرٍ فيما إذا شَرَطَ[٢٦] الخِيارَ . وحكاه عن أبى حنيفةَ . وزَعَمَ أنَّه لا خِلافَ فيها . وقال ابنُ الْمُنْذِرِ : قال أحمدُ وإسحاقُ : إذا تزَوَّجَها على أنَّه إن جاء بالمَهْرِ فى وقتِ كذا وكذا[٢٧] ، وإلَّا فلا نِكاحَ بينهما ، الشَّرْطُ باطلٌ والعقدُ جائزٌ . وهو قولُ عطاءٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، والأوْزاعىِّ . ورُوِىَ ذلك عن الزُّهْرِىِّ . ورَوَى ابنُ منصورٍ عن أحمدَ فى هذا ، أنَّ العقدَ والشرطَ جائزان ؛ لقولِه ﷺ : « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . والرِّوايةُ الأُخْرَى : يَبْطُلُ العَقْدُ من أصلِه فى هذا/ كلِّه ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يكونُ إلَّا لازِمًا ، وهذا يُوجِبُ جوازَه ، ولأنَّه إذا قال : إن رَضِيَتْ أُمُّها ، أو إن جِئْتَنِى بالْمَهْرِ[٢٤] فى وقتِ كذا . فقد وَقَفَ النِّكاحَ على شَرْطٍ[٢٨] ، ولا يجوزُ وَقْفُه على شَرْطٍ . وهذا قولُ الشافعىِّ ، ونحوُه عن مالكٍ ، وأبى عُبَيْدٍ .

٤٦/٧ ظ

(٢٣) فى ا ، ب ، م : « مواضعه » .

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) فى م : « الصحيح » .

(٢٦) فى ب : « اشترط » .

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) فى م : « الشرط » .

فصل : وإن شَرَطَ الخِيارَ فى الصَّداقِ خاصَّةً ، لم يَفسُدِ النِّكاحُ ؛ لأنَّ النِّكاحَ يَنْفرِدُ عن ذِكْرِ الصَّداقِ ، ولو كان الصَّداقُ حَرَامًا أو فاسِدًا لم يَفسُدِ النِّكاحُ ، فبأنْ[29] لا يَفسُدَ بشرطِ الخِيارِ فيه أَوْلَى ، ويُخالِفُ البَيْعَ ، فإنَّه إذا فَسَدَ أحدُ العِوَضَيْنِ فيه فَسَدَ الآخرُ . فإذا ثَبتَ هذا ، ففى الصَّداقِ ثلاثةُ أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، يَصِحُّ الصَّداقُ ، ويَبْطُلُ شَرْطُ الخِيارِ ، كما يَفسُدُ الشَّرْطُ فى النِّكاحِ ، ويَصِحُّ النِّكاحُ . والثانى ، يَصِحُّ ، ويَثْبُتُ الخِيارُ فيه ؛ لأنَّ عَقْدَ الصَّداقِ عقدٌ مُنْفرِدٌ يَجْرِى مَجْرَى الأَثْمانِ ، فثَبَتَ[30] فيه الخِيارُ كالبِيَاعاتِ . والثالث ، يَبْطُلُ الصَّداقُ ؛ لأنَّها لم تَرْضَ به ، فلم يَلْزَمْها ، كما لو لم يُوافِقْه على شىءٍ .

١١٤٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَتَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فَلَهُ أَنْ يَنْظُرَ إلَيْهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَخْلُوَ بِهَا)

لا نعلمُ بين أهلِ العلمِ خِلافًا فى إبَاحةِ النَّظَرِ إلى المرأةِ لمن أرادَ نِكاحَها ، وقد رَوَى جابرٌ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إذَا خَطَبَ أَحَدُكُمُ الْمَرْأَةَ ، فَإِنِ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إلَى مَا يَدْعُوهُ إلى نِكَاحِهَا ، فَلْيَفْعَلْ » . قال : فخَطَبْتُ امرأةً ، فكنتُ أَتَخَبَّأُ لها ، حتى رأيتُ منها ما دعَانِى إلى نِكاحِها ، فتَزَوَّجْتُها . رَواه أبو داودَ[1] . وفى هذا أحاديثُ كثيرةٌ سوى هذا . ولأنَّ النكاحَ عقدٌ يقْتَضِى التَّمْلِيكَ ، فكان للعاقِدِ النَّظَرُ إلى المَعْقودِ عليه ، كالنَّظَرِ إلى الأَمَةِ المُسْتامةِ . ولا بأسَ بالنَّظَرِ إليها بإذْنِها وغيرِ إذْنِها ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ أمرَ[2] بالنَّظَرِ وأَطْلَقَ . وفى حديثِ جابرٍ : فكنتُ أَتَخَبَّأُ لها . وفى حديثٍ عن[3]

---

(٢٩) فى م : « فلأن » .

(٣٠) فى الأصل ، ب : « فيثبت » .

(١) فى : باب فى الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٠ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٣٤ ، ٣٦٠ .

(٢) فى م : « أمرنا » .

(٣) سقط من : الأصل .

المُغِيرةِ بن شُعْبَةَ ، أنَّه اسْتَأْذَنَ أبوَيْها فى النَّظَرِ إليها ، فكَرِهَا ، فأذِنَتْ له المرأةُ . روَاه سعيدٌ[٤] . ولا يجوزُ له الخَلْوةُ بها ؛ لأنَّها[٥] مُحَرَّمةٌ ، ولم يَرِدِ الشرعُ بغيرِ النظرِ ، فبَقِيَتْ على التَّحْرِيمِ ، ولأنَّه لا يُؤْمَنُ مع الخَلْوةِ مُوَاقعةُ المَحْظُورِ ، فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بامْرَأَةٍ ، فَإنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ »[٦] . ولا يَنْظُرُ إليها نظَرَ[٧] تَلَذُّذٍ وشَهْوةٍ ، ولا لرِيبَةٍ . قال أحمدُ ، فى روايةِ صالحٍ : يَنْظُرُ إلى الوَجْهِ ، ولا يكونُ عن[٨] طريقِ لَذَّةٍ . وله أن يُرَدِّدَ النظرَ إليها ، ويتأمَّلَ مَحاسِنَها ؛ لأنَّ المقصودَ لا يَحْصُلُ إلَّا بذلك .

٤٧/٧ و **فصل** : ولا خِلافَ بين أهلِ العلمِ فى إباحةِ النَّظَرِ إلى وَجْهِها ، وذلك لأنَّه ليس / بعَوْرةٍ ، وهو مَجْمَعُ المَحاسنِ ، ومَوْضِعُ النظرِ . ولا يُباحُ له النَّظَرُ إلى ما لا يَظْهَرُ عادةً . وحُكِىَ عن الأوْزَاعىِّ أنَّه يَنْظُرُ إلى مواضعِ اللَّحْمِ . وعن داودَ أنَّه يَنْظُرُ إلى جَمِيعِها ؛ لظاهرِ قولِه عليه السلام : « انْظُرْ إلَيْهَا » . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾[٩] . ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، أنَّه قال : الوَجْهُ ، وباطِنُ[١٠] الكَفِّ . ولأنَّ النَّظَرَ مُحَرَّمٌ أُبِيحَ للحاجةِ ، فيَخْتَصُّ بما تَدْعُو الحاجةُ إليه ، وهو ما ذَكَرْنا ، والحديثُ مُطْلَقٌ ، ومن نَظَرَ[١١] إلى وَجْهِ إنسانٍ سُمِّىَ ناظِرًا إليه ، ومَنْ رآه وعليه أثوابُه سُمِّى رائِيًا له ، كما قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ ﴾[١٢] . ﴿ وَإِذَا

---

(٤) فى : باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها ، سنن سعيد بن منصور ١ / ١٤٦ .

(٥) فى الأصل زيادة : « كانت » .

(٦) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الدخول على المغيبات ، من أبواب الرضاع ، وفى : باب ما جاء فى لزوم الجماعة ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ٥ / ١٢١ ، ٩ / ٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٨ ، ٢٦ ، ٣ / ٣٣٩ ، ٤٤٦ .

(٧) فى م : « نظرة » .

(٨) فى ا ، ب : « على » .

(٩) سورة النور ٣١ .

(١٠) فى ب ، م : « وبطن » .

(١١) فى ب ، م : « ينظر » .

(١٢) سورة المنافقون ٤ .

رَءَاكَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ ﴾[13] . فأمَّا ما يَظْهَرُ غالبًا سِوَى الوَجْهِ ، كالكَفَّيْنِ والقَدَمَيْنِ ونحوِ ذلك ، ممَّا تُظْهِرُه المرأةُ فى منزلِها ، ففيه روايتَان ؛ إحداهما ، لا يُباحُ النَّظرُ إليه ؛ لأنَّه عَوْرَةٌ ، فلم يُبَحِ النَّظَرُ إليه ، كالذى لا يَظْهَرُ ، فإنَّ عبدَ الله رَوَى أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « الْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ »[14] . حديثٌ حسنٌ . ولأنَّ الحاجةَ تَنْدَفِعُ بالنَّظَرِ إلى الوَجْهِ ، فبَقِىَ ما عَدَاه على التَّحْرِيمِ . والثانية ، له النَّظَرُ إلى ذلك . قال أحمدُ ، فى روايةِ حَنْبلٍ : لا بأسَ أن يَنْظُرَ إليها ، وإلى ما يَدْعُوه إلى نِكاحِها ، من يَدٍ أو جِسْمٍ ونحوِ[15] ذلك . قال أبو بكرٍ : لا بأسَ أن يَنْظُرَ إليها عندَ الخِطْبةِ حاسِرَةً . وقال الشافعىُّ : فيَنْظُرُ إلى[16] الوَجْهِ والكَفَّيْنِ . ووَجْهُ جَوازِ النَّظَرِ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ لمَّا أذِنَ فى النَّظَرِ إليها من غيرِ عِلْمِها ، عُلِمَ أنَّه أذِنَ فى النَّظرِ إلى جميعِ ما يَظْهَرُ عادةً ، إذ لا يُمْكِنُ إفْرادُ الوَجْهِ بالنَّظَرِ مع مُشارَكَةِ غيرِه له فى الظُّهورِ ، ولأنَّه يَظْهَرُ غالبًا ، فأُبِيحَ النَّظَرُ إليه كالوَجْهِ ، ولأنَّها امرأةٌ أُبِيحَ له النَّظَرُ إليها بأمْرِ الشارعِ ، فأُبِيحَ النَّظرُ منها إلى ذلك ، كذَوَاتِ المَحارِمِ . وقد رَوَى سعيدٌ[17] ، عن سُفْيانَ ، عن عمرِو بن دِينارٍ ، عن أبى جَعْفرٍ . قال : خَطَبَ عمرُ بن الخطابِ ابْنَةَ علىٍّ ، فذَكَرَ منها صِغَرًا ، فقالوا له : إنَّما رَدَّكَ . فعَاوَدَهُ ، فقال : نُرْسِلُ بها إليكَ تَنْظُرُ[18] إليها . فرَضِيَها ، [19]وكشَفَ عن ساقِها[19] . فقالت : أرْسِلْ ، فلَوْلا أنَّكَ أميرُ المُؤْمِنينَ لَلَطَمْتُ[20] عَيْنَكَ .

فصل : ويجوزُ للرَّجُلِ أن يَنْظُرَ من ذَواتِ مَحارِمِه إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ، كالرَّقَبةِ والرَّأْسِ والكَفَّيْنِ والقَدَمَيْنِ ونحوِ ذلك . وليس له النَّظَرُ إلى ما يُسْتَرُ[21] غالبًا ، كالصَّدْرِ والظَّهْرِ ونحوِهما . قال الأَثْرَمُ : سألتُ أبا عبدِ الله عن الرجلِ يَنْظُرُ إلى شَعْرِ امرأةِ أبيه أو امرأةِ ابْنِه .

---

(١٣) سورة الأنبياء ٣٦ .

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٢ / ٣٢٨ .

(١٥) فى الأصل : « أو » .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) فى : باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها . السنن ١ / ١٤٧ . كما أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب نكاح الصغيرين ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٦٣ .

(١٨) فى الأصل : « لتنظر » .

(١٩ - ١٩) فى م : « وكشف عن ساقيها » .

(٢٠) فى م زيادة : « الذى فى » .

(٢١) فى ا ، ب ، م : « يستتر » .

٤٧/٧ ظ فقال : هذا فى / القرآن : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ﴾(٢٢) . إلَّا لكذا وكذا . قلتُ : فينظُرُ(٢٣) إلى ساقِ امْرأةِ أبيه وصَدْرِها . قال : لا ما(٢٤) يُعْجِبُنِى . ثم قال : أنا أكْرَهُ أن يَنظُرَ من أُمِّه وأُخْتِه إلى مثلِ هذا ، وإلى كلِّ شىءٍ لِشَهْوةٍ . وذكَرَ القاضى أنَّ حُكْمَ الرجلِ مع ذواتِ محارِمِه حكمُ الرَّجُلِ مع الرَّجُلِ ، والمرأةِ مع المرأةِ . وقال أبو بكرٍ : كَراهِيةُ أحمدَ النَّظَرَ إلى ساقِ أمِّه وصَدْرِها على التَّوَقِّى ؛ لأنَّ ذلك يَدْعو إلى الشَّهْوةِ . يعنى أنَّه يُكْرَه ولا يَحْرُمُ . ومنع الحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والضَّحَّاكُ ، النَّظَرَ إلى شَعْرِ ذواتِ المحارِمِ . فرُوِىَ عن هندِ ابنةِ المُهَلَّبِ(٢٥) ، قالت : قلتُ للحَسَنِ : يَنْظُرُ الرجلُ إلى قُرْطِ أُخْتِه أو إلى(٢٦) عُنُقِها ؟ قال : لا ، ولا كَرامةَ . وقال الضَّحَّاكُ : لو دخلتُ على أُمِّى لقلتُ : أيَّتُها العَجُوزُ ، غَطِّى شَعْرَكِ . والصحيحُ أنَّه يُباحُ النَّظَرُ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ﴾ . الآية . وقالت سَهْلةُ بنت سُهَيْلٍ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّا كنا نَرَى سالِمًا ولَدًا ، وكان يَأْوِى معِى ومع أبى حُذَيْفةَ فى بيتٍ واحدٍ ، ويَرانِى فُضُلًا(٢٧) ، وقد أنزلَ (٢٨ اللهُ تعالى ٢٨) فيهم ما عَلِمْتَ ، فكيفَ تَرَى فيه ؟ فقال لها النَّبِىُّ ﷺ : « أَرْضِعِيه » . فأرْضَعَتْه خَمْسَ رَضَعاتٍ ، فكان بمَنْزِلةِ وَلَدِها . رواه أبو داوُدَ(٢٩) ، وغيرُه . وهذا(٣٠) دليلٌ على أنَّه كان يَنْظُرُ منها إلى ما يَظْهَرُ غالِبًا ، فإنَّها قالتْ : يَرانِى فُضُلًا(٢٧) . ومعناه فى ثِيابِ البِذْلَةِ التى لا تَسْتُرُ أطْرافَها . وقال امْرُؤُ القَيْسِ(٣١) :

---

(٢٢) سورة النور ٣١ .

(٢٣) فى الأصل ، ا ، م : « ينظر » .

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) فى الأصل : « المهلب » . وهى هند بنت المهلب بن أبى صفرة ، وكانت تحت الحجاج بن يوسف الثقفى . انظر : وفيات الأعيان ٢ / ٥٣ .

(٢٦) فى ب ، م : « وإلى » .

(٢٧) فى م : « فضلى » . ورجل وامرأة فضل ، بضمتين : متفضل فى ثوب واحد .

(٢٨-٢٨) ليس فى : م .

(٢٩) فى : باب من حَرَّم به [أى برضاعة الكبير] ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٥ ، ٤٧٦ . كما أخرجه مسلم ، فى : باب رضاعة الكبير ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/١٠٧٦ ، ١٠٧٧ . والنسائى ، فى : باب رضاع الكبير ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٨٦ ، ٨٧ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرضاعة بعد الكبر ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢/٦٠٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/١٧٤ ، ٢٠١ ، ٢٢٨ ، ٢٤٩ ، ٢٦٩ .

(٣٠) فى ب : « وهو » .

(٣١) البيت من معلقته فى ديوانه ١٤ .

فجِئْتُ وقـد نَضَتْ لِنَـوْمٍ ثِيابَهـا   لَدَى السِّتْرِ إلَّا لِبْسةَ المُتَفَضِّلِ[32]

ومثلُ هذا يَظْهَرُ منه الأطْرافُ والشَّعَرُ ، فكان يَراها كذلك إذ اعْتَقَدَتْه وَلَدًا ، ثم دَلَّهُم النَّبىُّ ﷺ على ما يَسْتَدِيمُون به ما كانوا يَعْتَقِدُونه ويَفْعَلُونه . ورَوَى الشّافعىُّ ، فى « مُسْنَدِه »[33] عن زَيْنَبَ بنت أبى سَلَمـةَ ، أنَّهـا ارْتَضَعَتْ من أسماءَ امـرأةِ الزُّبَيْـرِ . قالت : فكنتُ أراه أبًا ، وكان يَدْخُلُ علىَّ وأنا أَمْشُطُ رَأْسِى ، فيأخُذُ ببعضِ قُرُونِ رَأْسِى ، ويقولُ : أقْبِلِى عَلَىَّ . ولأنَّ التَّحَرُّزَ من هذا لا يُمْكِنُ ، فأُبِيحَ كالوَجْهِ ، وما لا يَظْهَرُ غالبًا لا يُباحُ ، لأنَّ الحاجةَ لا تَدْعُو إلى نَظَرِه ، ولا تُؤْمَنُ معه الشَّهْوةُ ومُوَاقَعةُ المَحْظُورِ ، فحُرِّمَ النَّظرُ إليه كما تَحْتَ السُّرَّةِ .

فصل : وذواتُ مَحارِمِه : كلُّ مَنْ حُرِّمَ عليه[34] نِكاحُها على التَّأْبِيدِ ، بنَسَبٍ أو رَضاعٍ ، أو تَحْرِيمِ المُصَاهرةِ بسَبَبٍ مُباحٍ ؛ لما ذكَرْنا من حديثِ سالمٍ وزَيْنبَ . وعن عائشةَ ، / أنَّ أفْلَحَ أخا أبى القُعَيْسِ ، اسْتَأْذَنَ عليها بعدَ ما أُنْزِلَ الحِجابُ ، فأبَتْ أن تأْذَنَ له ، فقال النَّبىُّ ﷺ : « ائْذَنِى لَهُ ، فَإِنَّهُ عَمُّكِ ، تَرِبَتْ يَمِينُكِ » [35] مُتَّفَقٌ عليه[35] . وقد ذَكَرَ اللهُ تعالى آباءَ بُعُولَتِهِنَّ ، وأبْناءَ بُعُولَتِهِنَّ ، كما ذكر آباءَهُنَّ وأبْناءَهُنَّ فى إبْداءِ الزِّينَةِ لهم . وتَوَقَّفَ أحمدُ عن النَّظَرِ إلى شَعْرِ أُمِّ امْرَأتِه وبِنْتِها ؛ لأنَّهمـا غيـرُ

٤٨/٧ و

---

(٣٢) فى م : « ولم يبق إلا لبسة المتفضل » .

(٣٣) فى : باب فيما جاء فى الرضاع ، من كتاب النكاح . ترتيب المسند ٢ / ٢٥ .

(٣٤) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٥ – ٣٥) سقط من : الأصل ، م .

وأخرجه البخارى ، فى : باب قوله : ﴿ إن تبدوا شيئا ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء فى الرضاع ، من كتاب النكاح ، وفى : باب قول النبى ﷺ : تربت يمينك .... ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٦ / ١٥٠ ، ٧ / ٤٩ ، ٨ / ٤٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٩ ، ١٠٧٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى لبن الفحل ، من كتاب الرضاع . سنن أبى داود ١ / ٤٧٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ٨٩ . وابن ماجه ، فى : باب لبن الفحل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٧ . والدارمى ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٦ . والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢ / ٦٠١ ، ٦٠٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٧ ، ٣٨ ، ١٧٧ ، ١٩٤ ، ٢١٧ ، ٢٧١ .

مَذْكُورَتَيْن فى الآية . قال القاضى : إنَّما حَكَى قولَ سَعِيدِ بن جُبَيْرٍ ولم يَأْخُذْ به[٣٦] . وقد صَرَّحَ فى رِوايةِ المَرُّوذِىِّ ، أنَّه مَحْرَمٌ يَجُوزُ له المُسافَرَةُ بهما[٣٧] . وقال ، فى رِوايةِ أبى طالبٍ : ساعةَ يَعْقِدُ عُقْدَةَ النكاحِ تَحْرُمُ عليه أُمُّ امْرَأتِه ، فله أن يَرَى شَعْرَها ومَحاسِنَها ، ليست مثل التى يَزْنِى بها ، لا يَحِلُّ له أبدًا أن يَنْظُرَ إلى[٣٨] شَعْرِها ، ولا إلى شىءٍ من جَسَدِها ، وهى حَرامٌ عليه .

فصل : فأمَّا أُمُّ المَزْنِىِّ بها وابْنَتُها ، فلا يَحِلُّ له النَّظَرُ إليهنَّ ، وإن حُرِّمَ نِكاحُهُنَّ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَهُنَّ بِسَبَبٍ مُحَرَّمٍ ، فلم يُفِدْ إباحةَ النَّظَرِ ، كالمُحَرَّمةِ باللِّعَانِ . وكذلك بِنْتُ المَوْطوءةِ بشُبْهةٍ وأُمُّها ، ليست من ذواتِ مَحارِمِه . وكذلك الكافِرُ ليس بمَحْرَمٍ لقَرابتِه المُسْلِمة . قال أحمدُ ، فى يَهُودِىٍّ أو نَصْرانِىٍّ أسْلَمَتْ بِنْتُه : لا يُسافِرُ بها ، ليس هو مَحْرَمًا لها . والظَّاهِرُ أنَّه أراد ليس مَحْرَمًا لها فى السَّفَرِ ، أما النَّظَرُ فلا يجبُ عليها الحِجابُ منه ؛ لأنَّ أبا سُفْيانَ أتَى المدِينةَ وهو مُشْرِكٌ ، فدَخَلَ على ابْنَتِه أُمِّ حَبِيبةَ ، فطَوَتْ فِراشَ رسولِ الله ﷺ لِئَلَّا يَجْلِسَ عليه ، ولم تَحْتَجِبْ منه ، ولا أمَرَها بذلك النَّبِىُّ ﷺ[٣٩] .

فصل : وعَبْدُ المرأةِ له النَّظَرُ إلى وَجْهِها وكَفَّيْها ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ ﴾[٤٠] . ورَوَتْ أُمُّ سَلَمةَ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « إذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، فمَلَكَ مَا يُؤَدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ[٤١] مِنْهُ »[٤٢] . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . وعن أبى قِلابةَ ، قال : كان أزْواجُ النَّبِىِّ ﷺ لا يَحْتَجِبْنَ من مُكاتَبٍ ،

---

(٣٦) سقط من : ب .

(٣٧) فى م : « بها » .

(٣٨) سقط من : الأصل .

(٣٩) انظر : الطبقات الكبرى . لابن سعد (بيروت) ٨ / ٩٩ ، ١٠٠ .

(٤٠) سورة النور ٣١ .

(٤١) فى م : « فتحتجب » .

(٤٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٥ .

ما بَقِىَ عليه دِينارٌ . رواه سعيدٌ ، فى « سُنَنِه »[٤٣] . وعن أنسٍ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ أتى فاطمةَ بعَبْدٍ قد[٤٤] وَهَبَه لها ، وعلى فاطمةَ ثَوْبٌ إذا قَنَّعَتْ به رَأْسَها لم يَبْلُغْ رِجْلَيْها ، وإذا غَطَّتْ به رِجْلَيْها لم يبلُغْ رأسَها ، فلمَّا رأى رسولُ الله ﷺ ما تَلْقَى ، قال : « إنَّهُ لَيْسَ عَلَيْكِ بَأْسٌ ، إنَّما هُوَ أبُوكِ وغُلامُكِ » . رواه أبو داودَ[٤٥] . وكَرِه أبو عبدِ الله له أن يَنْظُرَ إلى / شَعْرِ مَوْلاتِه . وهو قولُ سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، وطاوُسٍ ، ومُجاهِدٍ ، والحسنِ . وأباحَ له ذلك ابنُ عباسٍ ؛ لما ذَكَرنا من الآيَتَيْنِ والخَبَرَيْنِ[٤٦] ؛ ولأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ لِيَسْتَأْذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَـٰثَ مَرَّٰتٍ ﴾ إلى قوله : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾[٤٧] . ولأنَّه يَشُقُّ التَّحَرُّزُ منه ، فأُبِيحَ له ذلك كذَوِى المَحارِمِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : هو مَحْرَمٌ حكمُه حكمُ المَحارِمِ من الأقارِبِ ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لما ذكرنا من الدَّليلِ ، ولأنَّه مُحَرَّمٌ عليها ، فكان مَحْرَمًا كالأقارِبِ . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « سَفَرُ المَرْأَةِ مَعَ عَبْدِهَا ضَيْعَةٌ » . رواه سعيدٌ[٤٨] ، ولأنَّها لا تَحْرُمُ عليه على التَّأْبِيدِ ولا يَحِلُّ له استِمتاعُها ، فلم يكنْ مَحْرَمًا كزَوْجِ أختِها ، ولأنَّه غيرُ مأمونٍ عليها ، إذ ليستْ بينهما نُفْرةُ المَحْرَمِيَّةِ[٤٩] ، والمِلْكُ لا يَقْتَضِى النُّفْرةَ الطَّبِيعِيَّةَ ، بدليلِ السَّيِّدِ مع أمَتِه . وإنَّما أُبِيحَ له من النَّظَرِ ما تَدْعُو الحاجةُ إليه ، كالشاهِدِ والمُبْتاعِ ونحوِهما ، وجَعَلَه بعضُ أصْحابِنا كالأجنبىِّ ؛ لما ذكرناه . والصَّحِيحُ ما قُلْنا ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

٤٨/٧ ظ

---

(٤٣) لم نجده فيما بين أيدينا من سنن سعيد بن منصور . وأخرجه البيهقى ، فى : باب المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، من كتاب المكاتب . السنن الكبرى ١٠ / ٣٢٥ .

(٤٤) فى ب : « وقد » .

(٤٥) فى : باب فى العبد ينظر إلى شعر مولاته ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٣ .

(٤٦) فى م : « والحديثين » .

(٤٧) سورة النور ٥٨ .

(٤٨) وأورده الهيثمى ، فى : باب سفر النساء ، من كتاب الحج . مجمع الزوائد ٣ / ٢١٤ .

(٤٩) فى الأصل : « الحرمية » .

فصل : فأمَّا الغلامُ ، فما دام طِفْلًا غيرَ مُميِّزٍ ، لا يجبُ الاسْتِتارُ منه فى شىءٍ ، وإن عَقَلَ ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، حكمُه حكمُ ذى المَحْرَمِ فى النَّظرِ . والثانية ، له النَّظرُ إلى ما فوقَ السُّرَّةِ وتحتَ الرُّكْبةِ ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ لِيَسْتَأْذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُواْ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُواْ كَمَا ٱسْتَأْذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ ﴾[٥٠] فدَلَّ على التَّفْرِيقِ بين البالغِ وغيرِه . قال أبو عبدِ الله : أبو طَيْبَةَ حَجَمَ نِساءَ النَّبىِّ ﷺ وهو غُلامٌ[٥١] . ووَجْهُ الرِّوايةِ الأُولى قوله : ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ ﴾[٥٢] . قيل لأبى عبدِ الله : مَتَى تُغَطِّى المرأةُ رَأْسَها من الغُلامِ ؟ قال : إذا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ .

فصل : ويُباحُ[٥٣] لكلِّ واحدٍ من الزَّوْجينِ النَّظَرُ إلى جميعِ بَدَنِ صاحِبِه[٥٤] ولَمْسِه حتى الفَرْجِ ؛ لما رَوَى بَهْزُ بن حَكِيمٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه قال : قلتُ : يا رسُولَ الله ، عَوْراتُنا ما نَأْتِى منها وما نَذَرُ ؟ فقال : « احْفَظْ عَوْرَتَكَ ، إلَّا مِنْ زَوْجَتِكَ[٥٥] ، / وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ » . رواه الترمذىُّ[٥٦] ، وقال : حديثٌ حسنٌ . ولأنَّ الفَرْجَ يَحِلُّ له الاسْتِمتاعُ به ، فجاز النَّظَرُ إليه ولَمْسُه ، كبَقِيَّةِ البَدَنِ . ويُكْرَهُ النَّظرُ إلى الفَرْجِ ؛ فإنَّ عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، قالت : ما رَأَيْتُ فَرْجَ رسولِ الله ﷺ قَطُّ . رواه ابنُ

٤٩/٧ و

---

(٥٠) سورة النور ٥٩ .

(٥١) انظر : ما أخرجه مسلم ، فى : باب لكل داء دواء واستحباب التداوى ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤ / ١٧٣٠ . وأبو داود ، فى : باب فى العبد ينظر إلى شعر مولاته ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٣ . وابن ماجه ، فى : باب الحجامة ، من كتاب الطب . سنن ابن ماجه ٢ / ١١٥١ ، ١١٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٥٠ .

(٥٢) سورة النور ٣١ .

(٥٣) فى ا ، ب ، م : « ومباح » .

(٥٤) فى ب : « الآخر » .

(٥٥) فى الأصل ، ب : « زوجك » . وفى الأصل زيادة : « وخادمك » . وليست فى مصادر التخريج .

(٥٦) تقدم تخريجه فى : ١ / ٣٠٥ .

ماجَه[٥٧] . وفى لفظٍ قالت : ما رَأَيْتُه من رسولِ اللهِ ﷺ ، ولا رَآه مِنِّى . وقال أحمدُ ، فى رِوَايةِ جَعْفَرِ بن محمدٍ ، فى المرأةِ تَقْعُدُ بين يَدَىْ زَوْجِها وفى بَيْتِها مَكْشُوفةً فى ثِيابٍ رِقَاقٍ : فلا[٥٨] بَأْسَ به . قلتُ : تخرجُ من الدارِ إلى بيتٍ مَكْشُوفةَ الرَّأْسِ ، وليس فى الدَّارِ إلَّا هى وزَوْجُها ؟ فرَخَّصَ فى ذلك .

فصل : ويُباحُ للسَّيِّدِ النَّظَرُ إلى جميعِ بَدَنِ أَمَتِه حتى فَرْجِها ؛ لما ذكَرْنا فى الزَّوْجَيْنِ ، وسواءٌ فى ذلك سُرِّيَّتُه وغيرُها ؛ لأنَّه مُباحٌ له الاستمتاعُ من جميعِ بَدَنِها ، فأُبيحَ له النَّظرُ إليه[٥٩] ، فإن زَوَّجَ أَمَتَه حَرُمَ عليه الاسْتِمتاعُ ، والنَّظرُ منها إلى ما بين[٦٠] السُّرَّةِ والركبةِ ؛ لأنَّ عمرَو بن شُعَيْبٍ ، رَوَى عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إذَا زَوَّجَ أَحَدُكُم خادِمَه[٦١] عَبْدَه أو أَجِيرَهُ ، فَلَا يَنْظُرْ إلَى مَا دُونَ السُّرَّةِ وفَوْقَ الرُّكْبَةِ ، فَإِنَّهُ عَوْرَةٌ » . رواه أبو داودَ[٦٢] ، ومَفْهُومُه إباحةُ النَّظَرِ إلى ما عَدَاه . وأمَّا تَحْرِيمُ الاسْتِمتاعِ بها[٦٣] ، فلا شَكَّ فيه ولا اختلافَ[٦٤] ، فإنَّها قد صارَتْ مُباحةً للزَّوْجِ ، ولا تَحِلُّ المَرْأةُ[٦٥] لرَجُلَيْنِ . فإن وَطِئَها ، لَزِمَه الإثْمُ والتَّعْزِيرُ . وإن وَلَدَتْ ، فقال أحمدُ :

---

(٥٧) فى : باب النهى أن يرى عورة أخيه ، من كتاب الطهارة ، وفى : باب التستر عند الجماع ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٢١٧ ، ٦١٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٦٣ ، ١٩٠ . والبيهقى ، فى : باب ما تبدى المرأة من زينتها ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٩٤ .

(٥٨) فى م : « لا » .

(٥٩) سقط من : الأصل ، ب .

(٦٠) سقط من : ا ، م .

(٦١) أى : أمته . وفى رواية : « خادمته » . انظر عون المعبود ٤ / ١٠٩ .

(٦٢) تقدم تخريجه فى : ٢ / ٢٨٥ .

(٦٣) سقط من : ب .

(٦٤) فى الأصل : « خلاف » .

(٦٥) فى م : « امرأة » .

لا يَلْحَقُه الوَلَدُ ؛ لأنَّها فِراشٌ لغيرِه ، فلم[٦٦] يَلْحَقه وَلَدُها ، كالأَجْنَبِيَّةِ .

فصل : فى من يُباحُ له النَّظرُ من الأجانبِ . ويُباحُ للطَّبِيبِ النَّظَرُ إلى ما تَدْعُو إليه الحاجةُ من بَدَنِها ، من العَوْرَةِ وغيرِها ، فإنَّه مَوْضِعُ حاجةٍ ، وقد رُوِىَ أنَّ النَّبِىَّ ﷺ لمَّا حَكَّمَ سعدًا فى بنى قُرَيْظَةَ ، كان يَكْشِفُ عن مُؤْتَزَرِهم[٦٧] . وعن عثمانَ ، أنَّه أُتِىَ بغُلامٍ قد سَرَق ، فقال : انْظُرُوا إلى مُؤْتَزَرِه . فلم يَجِدُوه أَنْبَتَ الشَّعْرَ ، فلم يَقْطَعْه[٦٨] . وللشَّاهِدِ النَّظرُ إلى وَجْهِ المَشْهُودِ عليها ؛ لتكونَ الشهادةُ واقعةً على عَيْنِها . قال أحمدُ : لا يَشْهَدُ على امرأةٍ إلَّا أن يكونَ قد عَرَفَها بعَيْنِها . وإن عامَلَ امرأةً فى بيعٍ أو إجارةٍ ، فله النَّظرُ إلى وَجْهِها ؛ ليَعْلَمَها بعَيْنِها ، فيَرْجِعَ عليها بالدَّرْكِ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ كَرَاهةُ[٦٩] ذلك فى / حَقِّ الشَّابَّةِ دون العَجُوزِ . ولعلَّه كَرِهَه لمن يخافُ الفِتْنَةَ ، أو يَسْتَغْنِى عن المُعاملةِ ، فأمَّا مع الحاجةِ وعَدَمِ الشَّهْوةِ ، فلا بَأْسَ . ٤٩/٧ ظ

فصل : فأمَّا نَظَرُ الرجلِ إلى الأَجْنَبِيَّةِ من غيرِ سَبَبٍ ، فإنَّه مُحَرَّمٌ إلى جَميعِها ، فى ظاهرِ كلامِ أحمدَ . قال أحمدُ : لا يأكُلُ مع مُطَلَّقَتِه ، هو أجنبىٌّ لا يَحِلُّ له أن يَنْظُرَ

---

(٦٦) فى م : « فلا » .

(٦٧) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا نزل العدو على حكم رجل ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب مناقب سعد بن معاذ ، من كتاب المناقب ، وفى : باب مرجع النبى ﷺ من الأحزاب ... ، من كتاب المغازى ، وفى : باب قول النبى ﷺ : قوموا إلى سيدكم ، من كتاب الاستئذان ، صحيح البخارى ٤ / ٨١ ، ٨٢ ، ٥ / ١٢ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ٨ / ٧٢ ، ٧٣ . ومسلم ، فى : باب جواز قتال من نقض العهد ... ، من كتاب الجهاد . صحيح مسلم ٣ / ١٣٨٨ ، ١٣٨٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى النزول على الحكم ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧ / ٧٨ ، ٧٩ . والدارمى ، فى : باب نزول أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ ، من كتاب السير . سنن الدارمى ٢ / ٢٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٢٢ ، ٧١ .

(٦٨) أخرجه البيهقى ، فى : باب البلوغ بالإنبات ، من كتاب الحجر . السنن الكبرى ٦ / ٥٨ . وعبد الرزاق ، فى : باب لا حد على من لم يبلغ الحلم ووقت الحلم ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب لا قطع على من لم يحتلم ، من كتاب اللقطة . المصنف ٧ / ٣٣٨ ، ١٠ / ١٧٧ ، ١٧٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الغلام يسرق أو يأتى الحد ، من كتاب الحدود . المصنف ٩ / ٤٨٥ .

(٦٩) فى الأصل : « كراهية » .

إليها ، كيف يأْكُلُ معها يَنْظُرُ إلى كَفِّها[٧٠] ! لا يَحِلُّ له ذلك . وقال القاضى : يَحْرُمُ عليه النَّظرُ إلى ما عَدَا الوَجْهَ والكَفَّينِ ؛ لأنَّه عَوْرةٌ ، ويباحُ له النَّظرُ إليهما[٧١] مع الكراهةِ إذا أُمِنَ الفِتْنةَ ، ونَظَرَ لغيرِ[٧٢] شَهْوةٍ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ . قال ابنُ عباسٍ : الوَجْهَ والكَفَّيْنِ . ورَوَتْ عائشةُ ، أنَّ أسْماءَ بنتَ أبى بكرٍ ، دَخَلَتْ على رسولِ اللهِ ﷺ فى ثِيابٍ رِقَاقٍ ، فأعْرَضَ عنها ، وقال : « يَا أَسْمَاءُ ، إِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ لَمْ يَصْلُحْ أَنْ يُرَى مِنْهَا إِلَّا هٰذَا وهٰذَا » . وأشار إلى وَجْهِه وكَفَّيْه[٧٣] . رواه أبو بكرٍ ، وغيرُه . ولأنَّه ليس بعَوْرةٍ ، فلم يَحْرُمِ النَّظرُ إليه بغيرِ رِيبَةٍ ، كوَجْهِ الرَّجُلِ . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعًا فَاسْأَلُوهُنَّ مِن وَرَاءِ حِجَابٍ ﴾[٧٤] . وقولُ النَّبىِّ ﷺ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، فمَلَكَ مَا يُؤَدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »[٧٥] . وعن أُمِّ سَلَمَةَ ، قالت : كنتُ قاعدةً عندَ النَّبىِّ ﷺ ، أنا وحَفْصَةُ ، فاسْتأْذَنَ ابنُ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فقال النَّبىُّ ﷺ : « احْتَجِبْنَ مِنْهُ » . رواه أبو داوُد[٧٦] . وكان الفَضْلُ بن عباسٍ رَدِيفَ رسولِ اللهِ ﷺ ، فجاءَتْه[٧٧] الخَثْعَمِيَّةُ تَسْتَفْتِيه ، فجعل الفضلُ ينظرُ إليها وتنظرُ إليه ، فصَرَفَ رسولُ اللهِ

---

(٧٠) فى ا ، ب : « كفيها » .

(٧١) فى م : « إليها » .

(٧٢) فى الأصل : « بغير » .

(٧٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فيما تبدى المرأة من زينتها ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٣ . والبيهقى ، فى : باب تخصيص الوجه والكفين بجواز النظر إليها عند الحاجة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٨٦ .

(٧٤) سورة الأحزاب ٥٣ .

(٧٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٥ .

(٧٦) فى : باب فى قوله :﴿ غير أولى الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٤ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى احتجاب النساء من الرجال ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى . ١٠ / ٢٣٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢٩٦ .

(٧٧) فى الأصل زيادة : « أسماء » .

ﷺ وَجْهه عنها[٧٨] . وعن جَرِيرِ بن عبدِ الله ، قال : سألتُ رسولَ الله ﷺ عن نَظْرَةِ[٧٩] الفُجاءةِ ، فأمَرَنى أن أصرِفَ بَصَرِى . حديثٌ[٨٠] صحيحٌ . وعن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : قال لى رسولُ الله ﷺ : « لَا تُتْبِعِ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ ، فَإِنَّمَا لَكَ الْأُولَى ، ولَيْسَتْ لَكَ الْآخِرَةُ » . رواهما أبو داودَ[٨١] . وفى إباحةِ النَّظَرِ إلى المرأةِ إذا أراد [٨٢]أنْ يتزَوَّجَها[٨٢] دليلٌ على التَّحْريمِ عند عَدَمِ ذلك ، إذْ لو كان مُباحًا على الإطْلاقِ ، فما وَجْهُ

٧/٥٠و التَّخْصِيصِ لهذه ؟ وأمَّا حديثُ أسماءَ — إن صَحَّ — فيَحْتَمِلُ أنَّه / كان قبلَ نُزُولِ الحِجَابِ ، فنَحْمِلُه عليه .

فصل : والعَجُوزُ التى لا يُشْتَهَى مِثْلُها ، لا بأسَ بالنَّظَرِ إلى ما يَظْهَرُ منها غالبًا ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَٱلْقَوَاعِدُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ ٱللَّاتِى لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾[٨٣] . الآية . قال ابنُ[٨٤] عباس ، فى قولِه تعالى : ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا۟ مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ ﴾[٨٥] ﴿ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَـٰرِهِنَّ ﴾[٨٦] . الآية قال[٨٧] : فنَسَخَ واسْتَثْنَى من ذلك : ﴿ وَٱلْقَوَاعِدُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ ٱللَّاتِى لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾ الآية . وفى معنى ذلك الشَّوْهاءُ التى[٨٨] لا تُشْتَهَى .

---

(٧٨) تقدم تخريجه فى حديث جابر الطويل ، فى : ٥ / ١٥٦ .

(٧٩) فى الأصل ، م : « نظر » .

(٨٠) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨١) فى : باب فيما يؤمر به من غض البصر ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٥ ، ٤٩٦ .

كما أخرج الأول الدارمى ، فى : باب فى نظرة الفجاءة ، من كتاب الاستئذان . سنن الدارمى ٢ / ٢٧٨ . وأخرج الثانى الدارمى ، فى : باب فى حفظ السمع ، من كتاب الرقاق . سنن الدارمى ٢ / ٢٩٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٣٥١ ، ٣٥٢ ، ٣٥٧ .

(٨٢-٨٢) فى ا ، ب ، م : « تزويجها » .

(٨٣) سورة النور ٦٠ .

(٨٤) سقط من : م .

(٨٥) سورة النور ٣٠ .

(٨٦) سورة النور ٣١ .

(٨٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٨٨) فى الأصل : « لكونها » .

فصل : والأَمَةُ يُباحُ النَّظرُ منها إلى ما يَظْهَرُ غالِبًا ، كالوَجْهِ ، والرَّأسِ ، واليَدَيْنِ ، والسَّاقَيْنِ ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، رأى (٨٩أَمَةً مُتَكَمِّمَةً٨٩) ، فضَرَبها بالدِّرَّةِ ، وقال : يالَكاعِ ، تَتَشَبَّهِينَ بالحَرائرِ ! ورَوَى أبو حَفْصٍ بإسنادِه ، أنَّ عمرَ كان لا يَدَعُ أَمَةً تَقَنَّعُ فى خِلافَتِه ، وقال : إنَّما القِناعُ للحَرائرِ (٩٠) . ولو كان نَظَرُ ذلك منها (٩١) مُحَرَّمًا لم يَمْنَعْ من سَتْرِه ، بل أمَرَ به . وقد رَوَى أنسٌ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، لمَّا أخذَ صَفِيَّةَ قال النَّاسُ : لا نَدْرِى ، أجَعَلَها أُمَّ المُؤْمِنينَ ، أم أُمَّ وَلَدٍ ؟ فقالوا : إن حَجَبَها فهى أُمُّ المُؤْمنينَ ، وإن لم يَحْجُبْها فهى أُمُّ وَلَدٍ . فلمَّا رَكِبَ ، وَطَّأَ لها خَلْفَه ، ومَدَّ الحِجابَ بينَه وبينَ النَّاسِ . مُتَّفَقٌ عليه (٩٢) . وهذا دَلِيلٌ على أن عَدَمَ حَجْبِ الإِمَاءِ كان مُسْتَفِيضًا بينهم مَشْهورًا ، وأنَّ الحَجْبَ لغَيْرِهِنَّ كان معلومًا . وقال أصحابُ الشافعىِّ : يُباحُ النَّظَرُ منها إلى ما ليس بعَوْرةٍ ، وهو ما فَوْقَ السُّرَّةِ وتحتَ الرُّكْبةِ . وسَوَّى بعضُ أصْحابِنا بينَ الحُرَّةِ والأَمَةِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ﴾ . الآية ، ولأنَّ العِلَّةَ فى تحريمِ النَّظرِ الخوفُ من الفِتْنةِ ، والفِتْنةُ المَخُوفةُ تَسْتَوِى فيها الحُرَّةُ والأَمَةُ ، فإنَّ الحُرِّيَّةَ حُكْمٌ لا يُؤَثِّرُ فى الأمْرِ الطَّبِيعىِّ . وقد ذكَرْنا ما يَدُلُّ على التَّخْصِيصِ ، ويُوجِبُ الفَرْقَ بينهما . وإن لم يَفْتَرِقا فيما ذَكَرُوه ، افْتَرَقا فى الحُرْمةِ ، وفى مَشَقَّةِ السَّتْرِ ، لكن إن كانت الأَمَةُ جميلةً يُخافُ الفِتْنةُ بها ، حَرُمَ النَّظرُ إليها ، كما يَحْرُمُ النَّظَرُ إلى الغُلامِ الذى تُخْشَى الفِتْنةُ بالنَّظَرِ إليه . قال أحمدُ ، فى الأَمَةِ إذا كانت جميلةً : تَنْتَقِبُ ، ولا يُنْظَرُ إلى المَمْلوكةِ ، كم من نَظْرةٍ ألْقَتْ فى قَلْبِ صاحِبِها البَلابِلَ .

فصل : فأمَّا الطِّفْلةُ التى لا تَصْلُحُ للنِّكاحِ ، فلا بأسَ بالنَّظرِ / إليها . قال أحمدُ ، فى   ٧/٥٠ظ

(٨٩ - ٨٩) فى م : « امرأة متلثمة » . وفى مصدرى التخريج التاليين : « أمة متقنعة » .

(٩٠) أخرج الأثرين ابن أبى شيبة ، فى : باب فى الأمة تصلى بغير خمار ، من كتاب الصلوات . المصنف ٢ / ٢٣٠ . وعبد الرزاق ، فى : باب الخمار ، من كتاب الصلاة . المصنف ٣ / ١٣٦ .

(٩١) فى ب : « منهما » .

(٩٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٨ .

رِوايةِ الأَثْرَمِ ، فى الرَّجُلِ[٩٣] يأْخُذُ الصغيرةَ ، فيَضَعُها فى حِجْرِه ، ويُقَبِّلُها : فإن كان يَجِدُ شَهْوةً فلا ، وإن كان لغيرِ شهوةٍ ، فلا بأْسَ . وقد رَوَى أبو بكرٍ ، بإسنادِه عن عمرَ ابن حفصٍ المَدِينىِّ، أنَّ الزُّبَيْرَ بن العَوَّامِ ، أرْسَلَ بابْنَةٍ له إلى عمرَ بن الخطابِ ، مع مَوْلاةٍ له ، فأخَذَها عمرُ بيَدِه ، وقال : ابنةُ أبى عبدِ الله . فتحَرَّكَتِ الأجْراسُ من[٩٤] رِجْلَيْها[٩٥] . فأخَذَها عمرُ فقَطَعَها ، وقال : قال رسولُ الله ﷺ : « مَعَ كُلِّ جَرَسٍ شَيْطَانٌ »[٩٦] . فأمَّا إذا بَلَغَتْ حَدًّا تَصْلُحُ معه[٩٧] لِلنِّكاحِ ، كابْنةِ تِسْعٍ ، فإنَّ عَوْرَتَها مُخالِفةٌ لعَوْرةِ البالغةِ ، بدليلِ قولِه عليه السلام : « لَا يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إلَّا بِخِمَارٍ »[٩٨] . فدَلَّ[٩٩] على صِحَّةِ الصَّلاةِ ممَّن لم تَحِضْ مَكْشُوفةَ الرَّأْسِ ، فيَحْتَمِلُ أن يكونَ حُكْمُها حكمَ ذواتِ المَحارِمِ ، كقَوْلِنا فى الغلامِ المُرَاهِقِ مع النِّساءِ . وقد روى أبو بكرٍ ، عن ابن جُرَيجٍ ، قال : قالت عائشةُ : دخَلَتْ علىَّ ابنةُ أخِى مُزَيَّنَةً ، فدخلَ علىَّ النَّبىُّ ﷺ ، فأعْرَضَ، فقلتُ: يا رسولَ الله، إنَّها ابنةُ أخِى وجاريةٌ. فقال: «إذا عَرَكَتِ المرأةُ[١٠٠] لم يَجُزْ لها[١٠١] أن تُظْهِرَ إلَّا وَجْهَها وإلَّا[١٠٢] ما[١٠٣] دُونَ هٰذَا » . وقَبَضَ على ذراعِ نَفْسِه ، فترَكَ بين قَبْضَتِه وبين الكَفِّ مثلَ قَبْضةٍ أخرى أو نحوِها[١٠٤] .

---

(٩٣) فى م : « رجل » .

(٩٤) فى ب : « فى » .

(٩٥) فى ا ، ب ، م : « رجلها » .

(٩٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الجلاجل ، من كتاب الخاتم . سنن أبى داود ٢ / ٤٠٨ .

(٩٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٩٨) تقدم تخريجه فى : ٢ / ٢٨٣ .

(٩٩) فى الأصل : « ويدل » ، وفى ا ، ب : « يدل » .

(١٠٠) عركت المرأة : حاضت .

(١٠١) سقط من : ب .

(١٠٢) فى الأصل ، ب : « ولا » .

(١٠٣) فى الأصل : « وما » .

(١٠٤) أورده ابن جرير الطبرى ، فى : تفسير سورة النور الآية ٣١ . تفسير الطبرى ١٨ / ١١٩ .

وذكَر حديثَ أسْماء : « إذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ لَمْ يَصْلُحْ أَنْ يُرَى مِنْهَا إِلَّا هٰذَا وهٰذَا » . وأشار إلى وَجْهِه وكَفَّيْه[١٠٥] . واحْتَجَّ أحمدُ بهذا الحديث ، وتَخْصيصُ[١٠٦] الحائضِ بهذا التَّحْديدِ دليلٌ على إِبَاحةِ[١٠٧] أكثرَ من ذلك فى حَقِّ غيرها .

فصل : ومَنْ ذَهَبَتْ شَهْوَتُه من الرِّجالِ ، لكِبَرٍ ، أو عُنَّةٍ ، أو مَرَضٍ لا يُرْجَى بُرْؤُهُ ، أو الْخَصِيُّ ، أو الشيخُ ، أو المُخَنَّثُ الذى لا شَهْوةَ له ، فحُكْمُه حكمُ ذِى[١٠٨] المَحْرَمِ فى النَّظَرِ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ ﴾[١٠٩] . أى غيرُ أُولِى الحاجةِ إلى النِّساءِ . قال ابنُ عباسٍ : هو الذى لا تَسْتَحِى منه النِّساءُ . وعنه : هو المُخَنَّثُ الذى لا يقومُ زُبُّهُ[١١٠] . وعن مجاهدٍ وقَتادةَ : الذى لا أَرَبَ له فى النِّساءِ . فإن كان المُخَنَّثُ ذا شهوةٍ ، ويَعْرِفُ أمْرَ النساءِ ، فحُكْمُه حكمُ غيرِه ؛ لأنَّ عائشةَ قالت : دَخَلَ على أزْواجِ النَّبِىِّ ﷺ مُخَنَّثٌ ، فكانوا يَعُدُّونَه من غيرِ أُولِى الإِرْبةِ[١١١] ، فدَخَلَ علينا النَّبِىُّ ﷺ ، وهو يَنْعَتُ امرأةً ، أنَّها إذا أَقْبَلَتْ أَقْبَلَتْ بأَرْبَعٍ ، وإذا أَدْبَرَتْ أَدْبَرَتْ بثَمانٍ . فقال النبىُّ ﷺ : « أَلَا أَرَى هٰذَا يَعْلَمُ مَا هٰهُنَا ؟ لَا يَدْخُلَنَّ عَلَيكُنَّ[١١٢] هٰذَا » . فحَجَبُوه . رواه أبو داودَ[١١٣] ، وغيرُه . قال ابنُ

---

(١٠٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٩ .

(١٠٦) فى ب : « وتختص » .

(١٠٧) سقط من : ب .

(١٠٨) فى ب ، م : « ذوى » .

(١٠٩) سورة النور ٣١ .

(١١٠) فى م : « ذكره » .

(١١١) فى م زيادة : « من الرجال » .

(١١٢) فى م : « عليكم » .

(١١٣) فى : باب فى قوله : ﴿ غير أولى الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٣ .
كما أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة الطائف فى شوال ... ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٥ / ١٩٨ . ومسلم ، فى : باب منع المخنث من الدخول على النساء الأجانب ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤ / ١٧١٦ . وابن ماجه ، فى : باب فى المخنثين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٣ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المؤنث من الرجال ... ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢ / ٧٦٧ .

٥١/٧و عبدِ البَرِّ : ليس المُخَنَّثُ الذى تُعْرَفُ / فيه الفاحشةُ خاصَّةً ، وإنَّما التَّخْنِيثُ[١١٤] شِدَّةُ[١١٥] التَّأْنِيثِ[١١٦] فى الخِلْقةِ ، حتى يُشْبِهَ المرأةَ فى اللِّينِ ، والكلامِ ، والنَّظَرِ ، والنَّغمةِ ، والعَقْلِ ، فإذا كان كذلك ، لم يكُنْ له فى النِّساءِ إرْبٌ ، وكان لا يَفْطِنُ لأُمورِ النِّساءِ ، وهو من غيرِ أُولِى الإِرْبةِ الذين أُبِيحَ لهم الدخولُ على النِّساءِ ، ألا تَرَى أنَّ النَّبىَّ ﷺ لم يَمْنَعْ ذلك المُخَنَّثَ من الدُّخولِ على نِسائِه ، فلمَّا سَمِعَه يَصِفُ ابْنةَ غَيْلانَ ، وفَهِمَ أمْرَ النِّساءِ ، أمَرَ بحَجْبِه ؟

فصل : فأمَّا الرَّجُلُ مع الرجلِ، فلكلِّ واحِدٍ منهما النَّظرُ من صاحِبِه إلى ما ليس بعَوْرةٍ. وفى حَدِّها رِوَايتان؛ إحداهما، ما بين السُّرَّةِ والرُّكْبةِ. والأخرى الفَرْجانِ. وقد ذكَرْناهما فى كتابِ الصلاةِ[١١٧]. ولا فَرْقَ بين الأمْرَدِ وذى اللِّحْيةِ، إلَّا أنَّ الأمْرَدَ إن كان جميلًا، يُخافُ الفِتْنةُ بالنَّظَرِ إليه، لم يَجُزْ تَعَمُّدُ النَّظَرِ إليه. وقد رُوِىَ عن الشَّعْبِىِّ، قال: قَدِمَ وَفْدُ عبدِ القَيْسِ على النَّبِىِّ ﷺ، وفيهم غُلامٌ أمْرَدُ، ظاهِرُ الوَضَاءةِ، فأجْلَسَه النَّبِىُّ ﷺ وراء ظَهْرِه. رواه أبو حَفْصٍ[١١٨]. قال المَرُّوذِىُّ: سَمِعْتُ أبا بكرٍ الأَعْيَنَ[١١٩] يقولُ: قَدِمَ علينا إنسانٌ من خُراسانَ، صديقٌ لأبى عبدِ الله، ومعه غلامٌ ابنُ أُختٍ له، وكان جميلًا، فمَضَى إلى أبى عبدِ الله فحَدَّثَه، فلما قُمْنَا خَلَا بالرَّجُلِ، وقال له: مَنْ هذا الغلامُ منك؟ قال: ابنُ أُخْتِى. قال: إذا جِئْتَنِى لا يكونُ معك، والذى أرَى لك أن لا يَمْشِىَ

---

(١١٤) فى ب : « المخنث » .

(١١٥) فى م : « بشدة » .

(١١٦) فى ب : « التأنث » .

(١١٧) فى : ٢ / ٢٨٤ .

(١١٨) قال ابن حجر : إسناده واهٍ ، انظر : باب ما جاء فى استحباب النكاح ، من كتاب النكاح . التلخيص ٣ / ١٤٨ . وإرواء الغليل ٦ / ٢١٢ .

(١١٩) أبو بكر الحسن بن طريف الأعين ، بغدادى ، توفى سنة أربعين ومائتين . اللباب ١ / ٦١ .

معك فى طَرِيقٍ . فأمَّا الغلامُ الذى لم يَبْلُغْ سبْعًا[١٢٠] فلا عَوْرَةَ له يَحْرُمُ النَّظرُ إليها .
وقد رُوِىَ عن ابنِ أبى لَيْلَى ، عن أبيه ، قال : كُنَّا جُلوسًا عندَ النَّبىِّ ﷺ ، قال : فجاءَ الحَسَنُ ، فجعل يتمَرَّغُ عليه ، فرفَع[١٢١] مُقَدَّمَ قَمِيصِه ، أُراه قال : فقبَّل زُبَيْبَتَه . رَواه أبو حَفْصٍ[١٢٢] .

فصل : وحكمُ المرأةِ مع المرأةِ حكمُ الرجلِ مع الرجلِ سواءً ، ولا فَرْقَ بين المُسْلِمَتَيْنِ ، وبين المُسْلِمةِ والذِّمِّيةِ ، كما لا فَرْقَ بين الرَّجُلَين المسلمَيْنِ ، وبين المُسْلِمِ والذِّمِّىِّ ، فى النَّظَرِ . قال أحمدُ : ذَهَبَ بعضُ الناسِ إلى أنَّها لا تَضَعُ خِمارَها عند اليَهُودِيَّةِ والنَّصْرانيةِ ، وأما أنا فأذْهَبُ[١٢٣] إلى أنَّها لا تَنْظُرُ[١٢٣] إلى الفَرْجِ ، ولا تَقْبَلُها حينَ تَلِدُ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أخرى ، أنَّ المُسْلِمةَ لا تَكْشِفُ قِناعَها عندَ الذِّمِّيَّةِ ، ولا تَدْخُلُ معها الحَمَّامَ . وهو قولُ مَكْحُولٍ ، وسليمان[١٢٤] بن مُوسَى ؛ لقولِه تعالى : ﴿ أَوْ نِسَائِهِنَّ ﴾[١٢٥] . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ النِّساءَ الكَوافِرَ من اليَهُودِيَّاتِ وغيرِهِنَّ ، قد كُنَّ يَدْخُلْنَ على نِساءِ النَّبىِّ ﷺ ، فلم يَكُنَّ / يَحْتَجِبْنَ ، ولا أُمِرْنَ بحِجابٍ ، وقد قالت عائشةُ : جاءت يَهُودِيَّةٌ تَسْأَلُها ، فقالت : أعاذَكِ اللهُ من عذابِ القَبْرِ . فسألتْ عائشةُ رسولَ اللهِ ﷺ . وذكر الحديث[١٢٦] . وقالت أسماءُ : قَدِمَتْ عَلَىَّ أُمِّى ، وهى

٧/٥١ ظ

---

(١٢٠) فى ا ، م : « تسعا » .
(١٢١) فى م : « فوقع » .
(١٢٢) وأخرجه البيهقى ، فى : باب ترك الوضوء من مس الفرج بظهر الكف ، من كتاب الطهارة . السنن الكبرى ١ / ١٣٧ . وسبق وروده فى : ١ / ٢٤٣ .
(١٢٣–١٢٣) سقط من : الأصل .
(١٢٤) فى م : « وسليم » .
(١٢٥) سورة النور ٣١ .
(١٢٦) أخرجه البخارى ، فى : باب التعوذ من عذاب القبر ، وباب صلاة الكسوف فى المسجد ، من كتاب الصلاة . وفى : باب ما جاء فى عذاب القبر ، من كتاب الجنائز . صحيح البخارى ٢ / ٤٥ ، ٤٧ ، ١٢٣ . والنسائى ، فى : باب نوع آخر ، من كتاب الكسوف . المجتبى ٣ / ١٠٩ ، ١١٠ . والدارمى ، فى : باب الصلاة عند الكسوف ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ١ / ٣٥٩ . والإمام مالك ، فى : باب العمل فى صلاة=

راغبةٌ – يعنى عن الإسْلامِ – فسألتُ رسولَ الله ﷺ أَصِلُها ؟ قال : « نَعَمْ »[١٢٧] . ولأنَّ الحَجْبَ بين الرجالِ والنِّساءِ لمعنًى لا يُوجَدُ بين المسلمةِ والذِّمِّيَّةِ ، فوَجَبَ أن لا يَثْبُتَ الحَجْبُ بينهما ، كالمُسْلِمِ مع الذِّمِّيِّ ، ولأنَّ الحِجابَ إنَّما[١٢٨] يجِبُ بنَصٍّ أو قِياسٍ ، ولم يُوجَدْ واحدٌ منهما . فأما قوله : ﴿ أَوْ نِسَائِهِنَّ ﴾ . فيَحْتَمِلُ أن يكونَ المُرادُ به[١٢٩] جُمْلَةَ النِّساءِ .

فصل : فأمَّا نَظَرُ المرأةِ إلى الرجلِ ، ففيه رِوايتان ؛ إحداهما ، لها النَّظَرُ إلى ما ليس بعَوْرةٍ . والأُخْرَى : لا يجوزُ لها النَّظَرُ من الرَّجُلِ إلَّا إلى مِثْلِ ما يَنْظُرُ إليه منها . اختاره أبو بكرٍ . وهذا[١٣٠] أحدُ قولَي الشافعيِّ ، لما رَوَى الزُّهْرِيُّ ، عن نَبْهانَ ، عن أُمِّ سَلَمةَ ، قالت : كنتُ قاعدةً عندَ النَّبيِّ ﷺ ، أنا وحَفْصَةُ ، فاسْتَأْذَنَ ابنُ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فقال النَّبيُّ ﷺ : « احْتَجِبْنَ مِنْهُ » . فقلتُ : يا رسولَ الله ، إنَّه ضَرِيرٌ لا يُبْصِرُ . قال : « أفَعَمْياوَانِ أَنْتُما لَا تُبْصِرَانِه ! » . رواه أبو داودَ ، وغيرُه[١٣١] . ولأنَّ اللهَ تعالى أمَرَ النِّساءَ بغَضِّ أبْصارِهِنَّ ، كما أمرَ الرجالَ به ، ولأنَّ النِّساءَ أحدُ نَوْعَيِ الآدَمِيِّينَ ، فحُرِّمَ عليهنَّ النظرُ إلى النَّوْعِ الآخرِ قِياسًا على الرِّجالِ ، يُحَقِّقُه أنَّ المَعْنَى المُحَرِّمَ للنَّظَرِ خَوْفُ الفِتْنةِ ، وهذا فى المرأةِ أبْلَغُ ، فإنَّها أشَدُّ شَهْوةً ، وأقَلُّ عَقْلًا ، فتُسارِعُ الفِتْنةُ إليها أكْثَرَ . ولَنا ، قولُ النَّبيِّ ﷺ لفاطمةَ بنتِ قيسٍ : « اعْتَدِّى فِى بَيْتِ ابنِ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فإنَّهُ رَجُلٌ أعْمَى ، تَضَعِينَ ثِيابَكِ فَلَا يَرَاكِ » . مُتَّفَقٌ عليه[١٣٢] . وقالت عائشةُ : كان رسولُ الله

= الكسوف ، من كتاب صلاة الكسوف . الموطأ ١ / ١٨٧ ، ١٨٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٥٣ ، ١٧٤ ، ٢٣٨ .

(١٢٧) تقدم تخريجه فى : ٤ / ١١٤ .

(١٢٨) فى الأصل : « إما أن » .

(١٢٩) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٣٠) فى ب : « وهو » .

(١٣١) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٩ .

(١٣٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٨٨ .

ﷺ يستُرُنى بردَائِه ، وأنا أنظرُ إلى الحَبَشةِ يَلْعَبُونَ فى المَسْجِدِ . مُتَّفَقٌ عليه[١٣٣] . ويَوْمَ فَرَغَ النَّبىُّ ﷺ من خُطْبةِ العِيدِ ، مَضَى إلى النِّساءِ فذكَّرهُنَّ ، ومعه بلالٌ ، فأمَرَهُنَّ بالصَّدَقةِ[١٣٤] . ولأنَّهُنَّ[١٣٥] لو مُنِعْنَ النَّظَرَ ، لوَجَبَ على الرِّجالِ الحِجَابُ ، كما وَجَبَ على النِّساءِ ، لِئَلَّا يَنْظُرْنَ إليهم . فأمَّا حَدِيثُ نَبْهانَ ، فقال أحمدُ : نَبْهانُ رَوَى حَدِيثَيْنِ عَجِيبين . يعنى هذا الحَدِيثَ ، وحديثَ : « إذَا كَانَ لإحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »[١٣٦] . وكأنَّه أشار إلى ضَعْفِ حَدِيثِه ، إذ لم يَرْوِ إلَّا هَذَيْنِ الحَدِيثَيْنِ المُخالِفَيْنِ للأُصُولِ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : نَبْهانُ مَجْهُولٌ ، لا يُعْرَفُ إلَّا برِوَايةِ الزُّهْرِىِّ / عنه هذا الحَدِيثَ . وحديثُ فاطمةَ صحيحٌ . فالحُجَّةُ به لازِمةٌ . ثم يَحْتَمِلُ أنَّ حَدِيثَ نَبْهانَ خاصٌّ لأزْواجِ النَّبِىِّ ﷺ . كذلك قال أحمدُ ، وأبو داودَ . قال الأثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : كان حَدِيثُ نَبْهانَ لأزْواجِ النَّبِىِّ ﷺ خاصّةً ، وحديثُ فاطمةَ لسائرِ الناسِ ؟ قال : نعم . وإن قُدِّرَ التَّعارُضُ فتَقْدِيمُ الأحاديثِ الصحيحةِ أَوْلَى من الأخْذِ بحديثٍ مُفْرَدٍ ، فى إسْنادِه مَقالٌ .

٥٢/٧ و

---

(١٣٣) أخرجه البخارى ، فى : باب أصحاب الحراب فى المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب إذا فاته العيد يصلى ركعتين ... ، من كتاب العيدين ، وفى : باب قصة الحبش وقول النبى ﷺ : يا بنى أرفدة ، من كتاب المناقب ، وفى : باب نظر المرأة إلى الحبش ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١ / ١٢٣ ، ٢ / ٢٩ ، ٤ / ٢٢٥ ، ٧ / ٤٨ ، ٤٩ . ومسلم ، فى : باب الرخصة فى اللعب الذى لا معصية فيه فى أيام العيد ، من كتاب العيدين . صحيح مسلم ٢ / ٦٠٨ ، ٦٠٩ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب اللعب فى المسجد يوم العيد ... ، من كتاب العيدين . المجتبى ٣ / ١٥٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٨٤ ، ٨٥ ، ١٦٦ ، ٢٤٧ ، ٢٧٠ .

(١٣٤) تقدم تخريجه فى : ٣ / ٢٧٨ . ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب خروج الصبيان إلى المصلى ، وباب العلم الذى بالمصلى ، وباب موعظة الإمام النساء يوم العيد ، من كتاب العيدين ، وفى : باب والذين لم يبلغوا الحلم ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢ / ٢٦ ، ٢٧ ، ٧ / ٥١ ، ٥٢ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى صلاة العيدين ، من كتاب الإقامة . سنن ابن ماجه ١ / ٤٠٦ . والدارمى ، فى : باب صلاة العيدين بلا أذان ولا إقامة ... ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ١ / ٣٧٦ .

(١٣٥) فى الأصل : « ولأنه » .

(١٣٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٥ .

١١٤٣ – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا زَوَّجَ أَمَتَهُ[١] ، وشَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ تَكُونَ عِنْدَهُمْ بِالنَّهَارِ ، ويَبْعَثَ بِهَا إِلَيْهِ باللَّيْلِ ، فَالْعَقْدُ والشَّرْطُ جَائِزَانِ ، وعَلَى الزَّوْجِ النَّفَقَةُ مُدَّةَ مُقَامِهَا عِنْدَهُ**)

أمَّا الشَّرْطُ فصحيحٌ ؛ لأنَّه لا يُخِلُّ بمَقْصُودِ النِّكاحِ ، فإنَّ الاسْتِمْتاعَ إنَّما يكونُ لَيْلًا ، وإذا كان الشرطُ صحيحًا لم يَمْنَعْ صِحَّةَ العَقْدِ ، فيَكُونان صحيحَيْنِ . وعلى الزَّوْجِ النَّفَقةُ فى الليلِ ؛ لأنَّها سَلَّمتْ نفسَها[٢] إليه فيه ، وليس عليه نفقةُ النَّهارِ ؛ لأنَّها فى مُقَابلةِ الاسْتِمْتاعِ ، وهو لا يتَمَكَّنُ من الاسْتِمْتاعِ بها فى تلك الحالِ . وإذا لم تَجِبْ نَفَقةُ النهارِ على الزَّوْجِ ، وَجَبَتْ على السَّيِّدِ ، لأنَّها فى خِدْمَتِه حينئذٍ ، ولأنَّها[٣] باقِيةٌ على الأصْلِ فى وُجُوبِها على السَّيِّدِ ، فتكونُ نَفَقَتُها بينهما نِصْفَيْنِ ، وكذلك الكُسْوَةُ . وقال بعضُ أصحابِ الشافعىِّ : ليس على الزَّوْجِ شىءٌ من النَّفَقةِ ؛ لأنَّها لا تَجِبُ إلَّا بالتَّمْكِينِ التَّامِّ ، ولم يُوجَدْ ، فلم يَجِبْ منها شىءٌ ، كالحُرَّةِ إذا بَذَلَتِ التَّسْلِيمَ فى بعضِ الزَّمانِ دونَ بعضٍ . ولَنا ، أنَّ النَّفقةَ عِوَضٌ فى مُقَابلةِ المَنْفَعةِ ، فوَجَبَ منها بقَدْرِ ما يَسْتَوْفيه ، كالأُجْرَةِ فى الإجارةِ ، وفارَقَتِ الحُرَّةَ ؛ لأنَّ التَّسْلِيمَ عليها واجبٌ فى جميعِ الزَّمانِ ، فإذا امْتَنَعَتْ منه[٤] فى البَعْضِ ، فلم تُسَلِّمْ ما وَجَبَ عليها تَسْلِيمُه ، وهٰهُنا قد سَلَّمَ السَّيِّدُ جميعَ ما وَجَبَ عليه .

فصل : فإن زَوَّجَها من غير شَرْطٍ . فقال القاضى : الحكمُ فيه كما لو شَرَطَ ، وله اسْتِخْدامُها نَهارًا ، وعليه إرْسالُها ليلًا للاسْتِمْتاعِ بها ؛ لأنَّه زَمانُه ، وذلك لأنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ من أَمَتِه مَنْفَعَتَيْنِ ، منفعةَ الاسْتِخْدامِ والاسْتِمْتاعِ ، فإذا عَقَدَ على إحداهما ، لم

---

(١) فى ا ، ب ، م : « أمة » .

(٢) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣) فى ا ، ب : « أو لأنها » .

(٤) سقط من : ا ، ب ، م .

يَلْزَمْه تَسْلِيمُها إلَّا فى زَمَنِ اسْتِيفائِها ، كما لو أجَرَها للخِدْمَةِ ، لم يَلْزَمْه تَسْلِيمُها إلَّا فى زَمَنِها وهو النهارُ ، والنفقةُ بينهما على قَدْرِ إقامَتِها عندَهما . وإن تَبَرَّعَ السَّيِّدُ بإرْسالِها ليلًا ونهارًا ، فالنفقةُ كلُّها على الزَّوْجِ . وإن تَبَرَّعَ الزَّوْجُ بتَرْكِها عند السَّيِّدِ لَيْلًا ونهارًا ، لم تَسْقُطْ نَفَقَتُها عنه . ولو تَبَرَّعَ كلُّ واحِدٍ منهما بتَرْكِها عندَ / الآخرِ ، وتَدافَعاها ، كانت نَفَقَتُها كلُّها على الزَّوْجِ ؛ لأنَّ الزَّوْجِيّةَ تَقْتَضِى (٥ وُجوبَ النَّفقةِ ٥) ، ما لم يَمْنَعْ من اسْتِمْتاعِها ، عُدْوانًا أو بشَرْطٍ أو نحوه ، ولذلك تَجِبُ نَفَقَتُها مع تَعذُّرِ اسْتِمْتاعِها بمَرَضٍ أو حَيْضٍ أو نحوهما ، فإذا لم يَكُنْ من السَّيِّد هٰهُنا مَنْعٌ (٦ وَجبتِ النَّفَقةُ ٦) على الزَّوْجِ ؛ لوُجُودِ الزَّوْجِيَّةِ المُقْتَضِيةِ لها ، وعدمِ المانِعِ منها .

٥٢/٧ظ

فصل : فإن أرادَ الزوجُ السَّفَرَ بها ، لم يَمْلِكْ ذلك ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ خِدْمَتَها المُسْتَحَقَّةَ لسَيِّدِها . وإن أراد السَّيِّدُ السَّفَرَ بها ، فقد تَوَقَّفَ أحمدُ عن ذلك ، وقال : ما أَدْرِى . فيَحْتَمِلُ المَنْعَ منه ؛ لأنَّه يُفَوِّتُ حَقَّ الزَّوْجِ منها ، فمُنِعَ منه ، قِياسًا على ما لو مَنَعَه منه مع الإقامةِ ، ولأنَّه مالِكٌ لإحْدَى مَنْفَعَتَيْها ، فلم يَمْلِكْ مَنْعَ الآخرِ من السَّفَرِ بها ، كالسَّيِّدِ ، وكما لو أجَرَها[٧] ثم أراد السَّفَرَ بها . ويَحْتَمِلُ أنَّ له السَّفَرَ بها ؛ لأنَّه مالكُ رَقَبَتِها ، كسَيِّدِ العبدِ إذا زَوَّجَه . وإن شَرَطَ الزَّوْجُ أن تُسَلَّمَ إليه الأَمَةُ ليلًا ونهارًا ، جاز ، وعليه نَفَقَتُها كلُّها ، وليس للسَّيِّدِ السَّفَرُ بها ؛ لأنَّه لا حَقَّ له فى نَفْعِها[٨] .

فصل : ويُسْتَحَبُّ لمن أراد التَّزَوُّجَ ، أن يَخْتارَ ذاتَ الدِّينِ ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِمَالِهَا ، ولِحَسَبِهَا ، ولِجَمَالِهَا ، ولِدِينِها ، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ » . مُتَّفَقٌ عليه[٩] . ويَخْتارُ البِكْرَ ؛ لقولِ رسولِ الله ﷺ : « أَتَزَوَّجْتَ يَا

(٥ – ٥) فى ب ، م : « وجوبها » .

(٦ – ٦) فى م : « فالنفقة » .

(٧) فى م : « أجراها » .

(٨) فى ب ، م : « بضعها » .

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب الأكفاء فى الدين ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٩ . ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح ذات الدين ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٨٦ ، ١٠٨٧ . =

جَابِرُ ؟ » قال : قلتُ : نعم . قال : « بِكْرًا أمْ ثَيِّبًا ؟ » . قال : قلتُ : بل ثَيِّبًا . قال : « فَهَلَّا بِكْرًا تُلَاعِبُهَا وتُلَاعِبُكَ ؟ » . مُتَّفَقٌ عليه[10] . وعن عَطاءٍ ، عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ ، فَإِنَّهُنَّ أَعْذَبُ أَفْوَاهًا ، وأَنْقَى أَرْحامًا » . رواه الإمامُ أحمدُ . وفي[11] روايةٍ : « وأَنْتَقُ أَرْحامًا[12] ، وأَرْضَى باليَسِيرِ »[13] . ويُسْتَحَبُّ أن تكونَ من نِساءٍ يُعْرَفْنَ بكثرةِ الوِلادةِ[14] ؛ لما رُوِىَ عن أنسٍ ، قال : كان رسولُ الله ﷺ

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤ / ٣٠٦ . والنسائى ، فى : باب على ما تنكح المرأة ، وباب كراهية تزويج الزناة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٤ ، ٥٦ . وابن ماجه ، فى : باب تزويج ذات الدين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٧ . والدارمى ، فى : باب تنكح المرأة على أربع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٤٢٨ ، ٣ / ٨٠ ، ٨١ ، ٦ / ١٥٢ .

(١٠) أخرجه البخارى ، فى : باب شراء الدواب والحمير ... ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إذا وكل رجلا أن يعطى شيئا ... ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب الشفاعة فى وضع الدين ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب استئذان الرجل الإمام ... ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب إذ همت طائفتان منكم أن تفشلا ... ، من كتاب المغازى ، وفى : باب الثيبات ، وباب طلب الولد ، وباب تستحد المغيبة وتمتشط ، من كتاب النكاح ، وباب عون المرأة زوجها فى ولده ، من كتاب النفقات ، وفى : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب الدعوات . صحيح البخارى ٣ / ٨١ ، ١٣٢ ، ١٥٧ ، ٤ / ٦٣ ، ٥ / ١٢٣ ، ٧ / ٦ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٨٥ ، ٨ / ١٠٢ . ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح ذات الدين ، وباب استحباب نكاح البكر ، من كتاب الرضاع ، وفى : باب بيع البعير واستثناء ركوبه ، من كتاب المساقاة . صحيح مسلم ٣ / ١٢٢١ ، ١٢٢٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٢ . والترمذى ، فى : الباب نفسه . عارضة الأحوذى ٥ / ١١١ ، وابن ماجه ، فى الباب نفسه . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٨ . والدارمى ، فى الباب نفسه . سنن الدارمى ٢ / ١٤٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٢٩٤ ، ٣٠٢ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ، ٣٦٢ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ .

(١١) فى ب ، م : « فى » .

(١٢) أنتق أرحاما : أكثر أولادا .

(١٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٨ . والبيهقى ، فى : باب استحباب التزوج بالأبكار ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٨١ .

(١٤) فى ا ، ب : « الأولاد » .

يأْمُرُ بالباءَةِ ، ويَنْهَى عن التَّبَتُّلِ نَهْيًا شديدًا ، ويقول : « تَزَوَّجُوا الوَدُودَ الوَلُودَ ، فَإِنِّى مُكاثِرٌ بِكُم الأُمَمَ يَوْمَ الْقِيامَةِ » . رواه سعيدٌ[15] . ورَوَى مَعْقِلُ بن يَسارٍ ، قال : جاء رَجُلٌ إلى رسولِ الله ﷺ ، فقال : إنِّى أصَبْتُ امرأةً ذاتَ حَسَبٍ ومَنْصِبٍ ، إلَّا أنَّها لا تَلِدُ ، أفأَتَزَوَّجُها ؟ فنهاه ، ثم أتاه الثانيةَ ، فنَهاه ، ثم أتاه الثالثةَ ، فقال : « تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الوَلُودَ ، فَإِنِّى مُكاثِرٌ بِكُمْ »[16] . رواه النَّسائِيُّ[17] . وعن عليِّ بن الحُسَيْنِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « يَا بَنِى هَاشِمٍ ، عَلَيْكُمْ بِنِسَاءِ الْأَعَاجِمِ ، فَالْتَمِسُوا أَوْلَادَهُنَّ / فإنَّ فِى أَرْحَامِهِنَّ البَرَكَةَ »[18] . ويختارُ الجميلةَ لأنَّها أسْكَنُ لنفْسِه ، وأغَضُّ لبَصَرِه ، وأكْمَلُ لمَوَدَّتِه ، ولذلك شُرِعَ النَّظَرُ قبلَ النِّكاحِ ، وقد رُوِىَ عن أبى بكرِ بن محمدِ ابن عمرِو بن حَزْمٍ ، عن رسولِ الله ﷺ ، أنَّه قال : « إنَّما النِّساءُ لُعَبٌ ، فَإِذَا اتَّخَذَ أحَدُكُم لُعْبَةً فَلْيَسْتَحْسِنْهَا[19] » . وعن أبى هُرَيْرَةَ ، قال : قيل يا رسولَ الله ، أىُّ النِّساءِ خَيْرٌ ؟ قال[20] : « الَّتِى تَسُرُّهُ إذَا نَظَرَ ، وتُطِيعُهُ إذَا أمَرَ ، ولَا تُخالِفُه فِى نَفْسِهَا ولَا فِى مَالِهَا[21] بِمَا يَكْرَهُ » . رواه النَّسائىُّ[22] . وعن يحيى بن جَعْدَةَ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « خَيْرُ فَائِدَةٍ أَفَادَهَا الْمَرْءُ الْمُسْلِمُ بَعْدَ إسْلَامِه ، امْرَأَةٌ جَمِيلَةٌ ، تَسُرُّهُ إذَا نَظَرَ إلَيْهَا ، وتُطِيعُهُ إذَا أمَرَهَا ، وتَحْفَظُهُ فِى غَيْبَتِهِ فِى مَالِهَا[23] ونَفْسِهَا » . رواه سعيدٌ[24] .

٧/٥٣و

---

(١٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٣٤٢ .

(١٦) فى الأصل زيادة : « الأمم » . وليست عند النسائى .

(١٧) فى : باب كراهية تزويج العقيم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب النهى عن التزويج من لم يلد من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٣ .

(١٨) لم نجده فيما بين أيدينا من كتب الحديث .

(١٩) فى الأصل : « فليحسنها » . ولم نجده أيضا .

(٢٠) سقط من : ب ، م .

(٢١) فى م : « ماله » . وهو عند النسائى كما هنا .

(٢٢) فى : باب أى النساء خير ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٦ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٥١ ، ٤٣٢ ، ٤٣٨ .

(٢٣) فى م : « ماله » .

(٢٤) فى : باب الترغيب فى النكاح . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٤١ .

ويخْتارُ ذاتَ العَقْلِ ، ويَجْتَنِبُ الحَمْقاءَ ؛ لأنَّ النِّكاحَ يُرادُ للعِشْرَةِ ، ولا تَصْلُحُ العِشْرَةُ مع الحَمْقاءِ ولا (٢٥ يَطِيبُ العَيْشُ ٢٥) معها ، وربَّما تَعَدَّى ذلك إلى وَلَدِها . وقد قيل : اجْتَنِبُوا الْحَمْقاءَ ، فإنَّ وَلَدَها ضَيَاعٌ ، وصُحْبَتَها بَلَاءٌ . ويخْتارُ الحَسِيبةَ ؛ ليكونَ وَلَدُها نَجِيبًا ، فإنَّه رُبَّما أشْبَهَ أَهْلَها ، ونَزَعَ إليهم . وكان يُقال : إذا أَرَدْتَ أن تتَزَوَّجَ[٢٦] امرأةً فانْظُرْ إلى أبيها (٢٧ وأَخِيها ٢٧) . وعن عائشةَ ، قالت : قال رسولُ الله ﷺ : « تَخَيَّرُوا لِنُطَفِكُم ، وانْكِحُوا الأَكْفاءَ ، وأَنْكِحُوا إلَيْهِمْ »[٢٨] . ويخْتارُ الأجْنبيَّةَ ؛ فإن وَلَدَها أَنْجبُ ، ولهذا يقال : اغْتَرِبُوا لا تَضْوُوا . يعني : انْكَحُوا الغَرائِبَ كي لا تَضْعُفَ أوْلادُكم . وقال بعضُهم : الغَرَائِبُ أَنْجَبُ ، وبناتُ العَمِّ أصْبَرُ . ولأنَّه لا تُؤْمَنُ[٢٩] العَدَاوةُ في النِّكاحِ ، وإفْضاؤُه إلى الطَّلَاقِ ، فإذا كان في قَرَابَتِه أفْضَى إلى قَطِيعةِ الرَّحِمِ المأْمُور بصِلَتِها . واللهُ أعلمُ .

(٢٥ – ٢٥) في الأصل : « تطيب العشرة » .

(٢٦) في الأصل : « تنظر إلى » . وفي ا ، ب : « تزوج » .

(٢٧ – ٢٧) في ب : « أمها وأختها » .

(٢٨) أخرجه ابن ماجه ، في : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٣ .

(٢٩) في الأصل زيادة : « من » .

باب ما يَحْرُمُ نِكاحُه ، والجَمْعُ بَيْنَه ، وغير ذلك

التَّحْرِيمُ للنِّكاحِ ضَرْبانِ ؛ تَحْرِيمُ عَيْنٍ ، وتحريمُ جَمْعٍ . ويَتَنوَّعُ أيضا نَوْعَيْنِ ؛ تَحْرِيمَ نَسَبٍ ، وتحريمَ سَبَبٍ . والأصلُ فى ذلك الكتابُ والسُّنَّةُ والإجماعُ ، فأمَّا الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ ﴾ . والآيةُ التى قَبْلَها والتى بعدَها[1] ، وأمَّا السُّنَّةُ فرَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، عن رسولِ الله ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يَجْمَعُ الرَّجُلُ بَيْنَ الْمَرْأةِ وعَمَّتِها ، ولَا بَيْنَها وبَيْنَ خالَتِهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . وعن عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، قالت : قال رسولُ / الله ﷺ : « إنَّ الرَّضَاعَةَ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الْوِلَادَةُ » . أخْرَجَهُ مُسْلِمٌ[3] . وأجْمَعَتِ الأُمَّةُ على تَحْرِيمِ ما نَصَّ اللهُ تعالى على تَحْرِيمِه .

٧/٥٣ ظ

١١٤٤ – مسألة ؛ قال : (والْمُحَرَّماتُ نِكَاحُهُنَّ بِالأَنْسَابِ : الأُمَّهاتُ ، والْبَنَاتُ ، والأَخَواتُ ، والْعَمَّاتُ ، والْخَالَاتُ ، وبَنَاتُ الأَخِ ، وبَنَاتُ الأُخْتِ .

---

(١) الآيات ٢٢ – ٢٤ من سورة النساء .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ١٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٨ – ١٠٣٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٦ ، ٤٧٧ . وابن ماجه ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢١ . والدارمى ، فى : باب الحال التى يجوز للرجل أن يخطب فيها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٦ . والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجمع بينه من النساء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٢ .

(٣) فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٨ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب الشهادة على الأنساب ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ما جاء فى بيوت أزواج النبى ﷺ ، من كتاب الخمس ، وفى : باب : ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ﴾ ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣ / ٢٢٢ ، ٤ / ١٠٠ ، ٧ / ١١ ، ١٢ .

والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢ / ٦٠١ .

والْمُحَرَّمَاتُ بالأسْبَابِ : الأُمَّهاتُ المُرْضِعَاتُ ، والْأَخَوَاتُ مِنَ الرَّضَاعَةِ ، وأُمَّهَاتُ النِّسَاءِ ، وبَنَاتُ النِّسَاءِ اللَّاتِي دَخَلَ بِهِنَّ ، وحَلَائِلُ الأَبْنَاءِ ، وزَوْجَاتُ الأَبِ ، والْجَمْعُ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ)

وجملةُ ذلك أنَّ المَنْصُوصَ على تَحْرِيمِهِنَّ فى الكتابِ أَرْبَعَ عَشرةَ ؛ سَبْعٌ بالنَّسَبِ ، واثْنَتانِ بالرَّضَاعِ ، وأَرْبَعٌ بالمُصَاهَرةِ ، وواحدةٌ بالجَمْعِ . فأمَّا اللَّواتِى بالنَّسَبِ فأَوَّلُهُنَّ[1] الأُمَّهاتُ ، وهُنَّ كلُّ من انْتَسَبْتَ إليها بوِلادةٍ ، سواءٌ وَقَعَ عليها اسمُ الأُمِّ حَقِيقةً ، وهى التى وَلَدَتْكَ ، أو مجازًا ، وهى التى وَلَدَتْ من وَلَدَكَ وإن عَلَتْ ، من ذلك جَدَّتاكَ[2] ؛ أُمُّ أُمِّكَ وأُمُّ أبيكَ ، وجَدَّتَا أُمِّكَ وجَدَّتَا أبيكَ ، وجَدَّاتُ جَدَّاتِكَ وجَدَّاتُ أجْدادِكَ وإن عَلَوْنَ[3] ، وارثاتٍ كُنَّ أو غيرَ وارثاتٍ ، كُلُّهُنَّ أُمَّهاتٌ مُحَرَّماتٌ . ذَكَرَ أبو هُرَيْرَةَ هاجَرَ أُمَّ إسماعيلَ ، فقال : تِلْكَ أُمُّكم يا بَنِى ماءِ السَّماءِ[4] . وفى الدُّعَاءِ: اللَّهُمَّ صَلِّ على أبِينا آدَمَ وأُمِّنا حَوَّاءَ . والبناتُ ، وهُنَّ كلُّ أُنْثَى انْتَسَبَتْ إليك[5] بوِلادَتِكَ ، كابْنَةِ الصُّلْبِ ، وبناتِ البَنِين والبناتِ وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، وارثاتٍ أو غيرَ وارثاتٍ ، كُلُّهُنَّ بناتٌ مُحَرَّماتٌ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ . فإنَّ كلَّ امرأةٍ بنتُ آدَمَ ، كما أنَّ كلَّ رجلٍ ابنُ آدَمَ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ يَا بَنِى آدَمَ ﴾ . والأَخَواتُ من الجِهَاتِ الثَّلاثِ ، من الأَبَوَيْنِ ، أو من الأبِ ، أو من الأُمِّ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وأَخَوَاتُكُمْ ﴾ . ولا تَفْرِيعَ عليهِنَّ . والعَمَّاتُ أخواتُ الأبِ من الجهاتِ الثلاثِ ، وأخواتُ الأَجْدادِ[6] من قِبَلِ

---

(١) فى م : « فأولاهن » .

(٢) فى م : « جدتك » .

(٣) فى ا ، ب ، م : « علوا » .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ واتخذ الله إبراهيم خليلا ﴾ ... ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب إلى من ينكح ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٤ / ١٧١ ، ٧ / ٧ . ومسلم ، فى : باب من فضائل الخليل إبراهيم ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤ / ١٨٤١ .

(٥) فى ا : « إليها » .

(٦) فى م : « لأجداد » .

الأبِ ومن قِبَلِ الأُمِّ، قَرِيبًا كان الجَدُّ أو بعيدًا، وارِثًا أو غيرَ وارِثٍ؛ لقوله تعالى: ﴿ وعَمَّاتُكُمْ ﴾ . والخالاتُ أخواتُ الأُمِّ من الجهاتِ الثلاثِ ، وأخواتُ الجَدَّاتِ وإن عَلَوْنَ . وقد ذكَرْنا أنَّ كلَّ جَدَّةٍ أُمٌّ ، فكذلك كُلُّ أختٍ لِجَدَّةٍ خالةٌ مُحَرَّمةٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وخَالاتُكُمْ ﴾ . [٧]وبناتُ الأخِ ، كلُّ امرأةٍ انْتَسَبَتْ إلى أخٍ بولادةٍ فهى بِنْتُ أخٍ مُحَرَّمة من أىِّ جِهَةٍ كان الأخُ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وبَنَاتُ ٱلْأَخِ ﴾[٧] . وبناتُ الأُخْتِ كذلك أيضا مُحَرَّماتٌ ، لقولِه سبحانه وتعالى : ﴿ وبَنَاتُ الأُخْتِ ﴾ . فهؤلاء المُحَرَّماتُ بالأنْسابِ . / النَّوْع الثانى ، المُحرَّماتُ تَحْرِيمَ السَّبَبِ ، وهو قسمان : رَضَاعٌ ومُصاهَرَةٌ ، فأمَّا الرَّضاعُ فالمنصوصُ على التَّحْرِيمِ فيه اثْنَتانِ ؛ الأُمَّهاتُ المُرْضِعاتُ ، وهُنَّ اللَّاتِى أرْضَعْنَكَ وأُمَّهاتُهنَّ وجَدّاتُهُنَّ وإن عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، على حَسَبِ ما ذكَرْنا فى النَّسَبِ ، مُحَرَّماتٌ بقولِه تعالى : ﴿ وَأُمَّهاتُكُمُ اللَّاتِى أرْضَعْنَكُمْ وأخَواتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ . كُلُّ امرأةٍ أرْضَعَتْكَ أُمُّها ، أو أرْضَعَتْها أُمُّكَ ، أو أرْضَعَتْكَ وإيَّاها امرأةٌ واحدةٌ ، أو ارْتَضَعْتَ أنتَ وهى من لَبَنِ رَجُلٍ واحِدٍ ، كرَجُلٍ له امْرَأتانِ ، لهما منه لَبَنٌ ، أرْضَعَتْكَ إحداهُما ، وأرْضَعَتْها الأُخْرَى ، فهى أُخْتُكَ ، مُحَرَّمةٌ عليك ؛ لقولِه سبحانه : ﴿ وأخَواتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَاعَةِ ﴾ . القسم الثانى ، تَحْرِيمُ المُصَاهَرِةِ ، والمنصوصُ عليه أرْبَعٌ ؛ أُمَّهاتُ النِّساءِ ، فمَن تَزَوَّجَ امرأةً حُرِّمَ عليه كل أُمٍّ لها ، من نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، قَرِيبةٍ أو بعيدةٍ بمُجَرَّدِ العَقْدِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم ؛ ابنُ مسعودٍ ، وابنُ عمرَ ، وجابرٌ ، وعِمرانُ بن حُصَيْنٍ ، وكثيرٌ من التابِعِينَ . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وحُكِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّها لا تَحْرُمُ إلَّا بالدُّخُولِ [٨]بابْنَتِها ، كما لا تَحْرُمُ ابْنَتُها إلا بالدُّخولِ[٨] . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وأُمَّهاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ . والمَعْقُودُ عليها من نِسائِه ، فتَدْخُلُ أُمُّها فى عُمُومِ الآية . قال ابنُ عباسٍ : أَبْهِمُوا ما أَبْهَمَ القرآنُ[٩] . يعنى

٥٤/٧و

(٧ – ٧) سقط من : ب .

(٨ – ٨) سقط من : ا . نقل نظر .

(٩) أخرج نحوه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى قول الله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم ... ﴾ ، من كتاب النكاح . =

عَمَّمُوا حُكْمَها فى كلِّ حالٍ ، ولا تَفْصِلُوا بين المَدْخُولِ بها وبين[10] غيرِها . ورَوَى عمرو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّهِ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال : « مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، فطَلَّقَها قَبْلَ أنْ دَخَلَ بِهَا ، فَلَا بَأْسَ أنْ يَتَزَوَّجَ رَبِيبَتَهُ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّهَا » . رواه أبو حَفْصٍ بإسْنادِه[11] . وقال زَيْدٌ : تَحْرُمُ بالدُّخولِ أو بالموتِ ؛ لأنَّه يَقُومُ[12] مَقامَ الدخولِ . وقد ذَكَرْنا ما يُوجِبُ التَّحْرِيمَ مُطْلَقًا ، سواءٌ وُجِدَ الدُّخولُ أو الموتُ أو لا ، ولأنَّها حُرِّمَتْ بالمُصاهَرةِ بقولٍ مُبْهَمٍ ، فحُرِّمَتْ بنَفْسِ العَقْدِ ، كحَلِيلةِ الابْنِ والأبِ . الثانية ، بناتُ النِّساءِ اللَّاتِى دَخَلَ بِهِنَّ ، وهُنَّ الرَّبائِبُ ، فلا يَحْرُمْنَ إلَّا بالدُّخولِ بأُمَّهاتِهِنَّ ، وهُنَّ كلُّ بِنْتٍ للزَّوْجةِ من نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، قريبةٍ أو بعيدةٍ ، وارثةٍ أو غيرِ وارثةٍ ، على حَسبِ ما ذكَرْنا فى البَناتِ ، إذا دَخَلَ بالأُمِّ حُرِّمَتْ عليه ، سواءٌ كانت فى حِجْرِه أو لم تَكُنْ ، فى قولِ عامَّةِ الفُقَهاءِ ، إلَّا أنَّه رُوِىَ عن عمرَ وعلىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، أنَّهما رَخَّصَا فيها إذا لم تكُنْ فى حِجْرِه . وهو قولُ / داودَ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم ﴾ . قال ابنُ المُنْذِرِ : وقد أجْمَعَ عُلَماءُ الأمْصارِ على خِلافِ هذا القولِ . وقد ذكَرْنا حديثَ عبدِ اللهِ بن عمرو فى هذا ، وقال النَّبِىُّ ﷺ لأُمِّ حَبِيبةَ : « لَا تَعْرِضْنَ عَلَىَّ بَناتِكُنَّ ، وَلَا أخَوَاتِكُنَّ »[13] . ولأنَّ التَّرْبِيَةَ[14] لا تأْثِيرَ لها

٧/٥٤ ظ

= السنن الكبرى ٧ / ١٦٠ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتزوج المرأة فتموت ... السنن ١ / ٢٣٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يتزوج المرأة ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٧٣ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) وأخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى قول الله تعالى : ﴿ وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم ... ﴾ ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٠ . وعبد الرزاق ، فى : باب أمهات نسائكم ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٧٦ .

(١٢) فى الأصل : « يقام » .

(١٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الثيبات ، وباب : ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ﴾ ... ، وباب : ﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم ... ﴾ وباب : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ... ﴾ ، من كتاب النكاح ، وفى : باب الراضع من المواليات وغيرهن ، من كتاب النفقات . صحيح البخارى ٧ / ٦ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ٨٧ . وأبو داود ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٤ . والنسائى ، فى : باب تحريم الجمع بين الأم والبنت ، وباب تحريم الجمع بين الأختين ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧٨ ، ٧٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢٩١ ، ٣٠٩ ، ٤٢٨ .

(١٤) فى الأصل : « القربة » .

فى التَّحْرِيم كسائرِ المُحَرَّماتِ . وأمَّا الآية فلم تَخْرُجْ مَخْرَجَ الشَّرْطِ ، وإنَّما وَصَفَها بذلك تَعْرِيفًا[15] لها بغالبِ حالِها ، وما خَرَجَ مَخْرَجَ الغالبِ لا يَصِحُّ التمسُّكُ بمَفْهُومِه . وإن لم يَدْخُلْ بالمَرْأةِ لم تُحَرَّمْ عليه بناتُها ، فى قولِ عامَّةِ عُلماءِ الأمْصارِ إذا بانَتْ من نِكَاحِه ، إلَّا أن تَموتَ قبلَ الدخولِ ، ففيه روَايتان ؛ إحْداهما ، تَحْرُمُ ابْنَتُها . وبه قال زيدُ بن ثابتٍ . وهى اختيارُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّ الموتَ أُقِيمَ مُقامَ الدُّخُولِ فى تَكْمِيلِ العِدَّةِ والصَّداقِ ، فيقومُ مَقامَه[16] فى تحريمِ الرَّبِيبَةِ . والثانية : لا تَحْرُمُ . وهو قولُ علىٍّ ، ومَذْهَبُ عامَّةِ العلماءِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ عوامُّ عُلماءِ الأمْصارِ على[17] أنَّ الرَّجُلَ إذا تزوَّجَ المرأةَ ، ثم طَلَّقَها ، أو ماتتْ قبلَ الدُّخولِ بها ، حَلَّ[18] له أن يتزوَّجَ ابْنَتَها . كذلك قال مالكٌ ، والثَّورِيُّ ، والأَوْزَاعىُّ ، والشافعىُّ ، وأحمدُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، ومَنْ تَبِعَهم ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وهذا نَصٌّ لا يُتْرَكُ لِقياسٍ ضعيفٍ ، وحديثِ عبدِ اللهِ ابن عَمْرٍو ، وقد ذكَرْناه ، ولأنَّها فُرْقَةٌ قبلَ الدُّخولِ ، فلم تُحَرِّم الرَّبِيبةَ ، كفُرْقَةِ الطَّلاقِ ، والموتُ لا يَجْرِى مَجْرَى الدُّخولِ فى الإِحْصانِ والإِحْلالِ وعِدَّةِ الأقراءِ ، وقيامُه مَقامَه من وَجْهٍ ليس بأَوْلَى من مُفَارَقَتِه إيَّاه من وَجْهٍ آخَرَ ، ولو قام مَقامَه من كلِّ وَجْهٍ ، فلا يُتْرَكُ صَرِيحُ نَصِّ اللهِ تعالى ونَصِّ رَسُولِه لقياسٍ ولا غيرِه . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الدخولَ بها هو وَطْؤُها ، كُنِىَ عنه بالدُّخولِ ، فإن خَلَا بها ولم يَطَأْها ، لم تَحْرُمِ ابْنَتُها ؛ لأنَّها غيرُ مَدْخُولٍ بها . وظاهرُ قولِ[19] الخِرَقِىِّ تَحْرِيمُها ؛ لقولِه : فإن خَلَا بها وقال : لم أطَأْها . وصَدَّقَتْه ، لم يُلْتَفَتْ إلى قَوْلِهما[20] ، وكان حُكْمُها حكمَ المَدْخُولِ[21] فى

---

(١٥) فى الأصل : « تعريفها » .

(١٦) فى الأصل : « مقامها » .

(١٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٨) فى م : « جاز » .

(١٩) فى الأصل : « كلام » .

(٢٠) فى الأصل ، م : « قولها » .

(٢١) فى ا ، ب ، م : « الدخول » .

جميعِ أُمُورِها ، إلّا فى الرُّجوعِ إلى زَوْجٍ طَلَّقَها ثلاثًا ، وفى الزِّنَى ، فإنَّهما يُجْلَدانِ ولا يُرْجَمانِ . وسنذْكُرُه فيما بعدُ ، إن شاء الله . الثالثة ، حَلائِلُ الأبناءِ ، يعنى أزْواجَهُم ، سُمِّيَتِ امرأةُ الرجلِ حَلِيلَتَه[٢٢] ؛ لأنَّها مَحَلُّ إزارِ زَوْجِها ، وهى مُحَلَّلَةٌ له ، فيَحْرُمُ على الرجلِ أزْواجُ أبْنائِه ، وأبناءِ بَناتِه ، من نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، قريبًا كان أو بعيدًا ، بمُجَرَّدِ العَقْدِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ ﴾ . ولا نعلمُ فى هذا خِلافًا . الرابعة ، زَوْجاتُ / الأبِ ، فتَحْرُمُ على الرجلِ امرأةُ أبِيه ، قريبًا كان[٢٣] أو بعيدًا ، وارِثًا كان[٢٤] أو غيرَ وارثٍ ، من نَسَبٍ أو رَضاعٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ . وقال البَراءُ بنُ عازِبٍ : لَقِيتُ خالِى ، ومعه الرَّايةُ ، فقلتُ : أين تُرِيدُ ؟ قال : أرْسَلَنِى رسولُ الله ﷺ إلى رجلٍ تَزَوَّجَ امرأةَ أبيه من بَعْدِه أن أضْرِبَ عُنُقَه أو أقْتُلَه . رواه النَّسائِىُّ[٢٥] . وفى روايةٍ قال : لَقِيتُ عَمِّى الحارثَ ابنَ عَمْرٍو ، ومعه الرايةُ . فذكر الخبرَ كذلك . رواه سعيدٌ وغيرُه[٢٦] . وسواءٌ فى هذا امرأةُ أبيه[٢٧] ، أو امرأةُ جَدِّه لأبِيه ، وجَدِّه لأُمِّه ، [٢٨]قَرُبَ أم بَعُدَ[٢٨] . وليس فى هذا بين أهلِ العِلْمِ[٢٧] خلافٌ عَلِمْناه ، والحمد لله . ويَحْرُمُ عليه من وَطِئَها أبُوه ، أو ابْنُه ، بمِلْكِ يَمِينٍ أو شُبْهةٍ ، كما يَحْرُمُ عليه من وَطِئَها فى عَقْدِ نِكاحٍ . قال ابنُ المنذرِ : المِلْكُ فى هذا

٧/٥٥و

---

(٢٢) فى ا ، ب ، م : « حليلة » .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٥) فى : باب نكاح ما نكح الآباء ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٠ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب فى من تزوج امرأة أبيه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى . وابن ماجه ، فى : باب من تزوج امرأة أبيه من بعده ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٦٩ . ولكنه ذكر اسم عم البراء . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٢٩٢ ، ٢٩٧ .

(٢٦) أخرجه سعيد ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتزوج المرأة ... السنن ١ / ٢٣٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يزنى بحريمه ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢ / ٤٦٧ . والدارمى ، فى : باب الرجل يتزوج امرأة أبيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٣ .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨ - ٢٨) فى الأصل : « قريبا أم بعيدا » .

والرَّضاعُ بمَنْزِلةِ النَّسَبِ ، وممَّن حَفِظْنا ذلك عنه ، عطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، ومَكْحولٌ ، وقَتادةُ ، والثَّورِيُّ ، والأَوْزَاعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ ، ولا نَحْفَظُ عن أحدٍ خِلَافَهُم . الضرب الثانى ، تَحْرِيمُ الجَمْعِ . والمذكورُ فى الكِتابِ الجَمْعُ بين الأُخْتَيْنِ ، سواءٌ كانَتَا من نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، حُرَّتَيْنِ كانتا أو أَمَتَيْنِ ، أو حُرَّةً وأَمَةً ، من أَبَوَيْنِ كانتا أو من أبٍ أو أُمٍّ ، وسواءٌ فى هذا ما قَبْلَ الدُّخولِ أو بعدَه ؛ لعُمُومِ الآية . فإن تزوَّجَهُما فى عقدٍ واحدٍ ، فَسَدَ ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لإحْداهما على الأُخْرَى[29] . وسواءٌ عَلِمَ بذلك حالَ العَقْدِ أو بعدَه . فإن تزوَّجَ إحداهما بعدَ الأُخْرَى ، فنِكاحُ الأُولَى صحيحٌ ؛ لأنَّه لم يَحْصُلْ فيه جَمْعٌ ، ونِكاحُ الثانية باطِلٌ ؛ لأنَّ به يَحْصُلُ الجمعُ ، وليس فى هذا بحمدِ الله اخْتِلافٌ ، وليس عليه تَفْرِيعٌ .

١١٤٥ ـ مسألة ؛ قال : (ويَحْرُمُ من الرَّضاعِ ما يَحْرُمُ من النَّسَبِ)

كلُّ امرأةٍ حُرِّمَتْ من النَّسَبِ حُرِّمَ مثلُها من الرَّضاعِ ، وهُنَّ الأُمَّهاتُ ، والبَناتُ ، والأخواتُ ، والعَمَّاتُ ، والخالاتُ ، وبناتُ الأخِ ، وبناتُ الأُخْتِ ، على الوجهِ الذى شَرَحْناه فى النَّسَبِ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ : « يَحْرُمُ من الرَّضاعِ ما يَحْرُمُ مِنَ[1] النَّسَبِ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . وفى رواية مسلمٍ : « الرَّضاعُ يُحَرِّمُ ما تُحَرِّمُ الوِلادةُ » .

---

(٢٩) فى م : « الآخرة » .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ما جاء فى بيوت أزواج النبى ﷺ ، من كتاب الخمس ، وفى : باب : ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ﴾ ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وباب لا تنكح المرأة على عمتها ، وباب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء فى الرضاع ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣ / ٢٢٢ ، ٤ / ١٠٠ ، ٧ / ١٢ ، ١٥ ، ٤٩ . ومسلم ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، وباب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، وباب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٨ ، ١٠٧٠ ، ١٠٧١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود=

وقال النَّبيُّ ﷺ ، فى دُرَّةَ بنت أبى سَلَمةَ : « إنَّها لَوْ لَمْ تَكُنْ رَبِيبَتِى فِى حِجْرِى ، مَا حَلَّتْ لِى ، إنَّها ابْنَةُ أخِى مِنَ الرَّضَاعَةِ ، أرْضَعَتْنِى وأبَاهَا ثُوَيْبَةُ » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . ولأنَّ الأُمَّهاتِ / والأخواتِ منصوصٌ عليهنَّ ، والباقِياتُ يَدْخُلْـنَ فى عُمُـومِ لفـظِ سائـرِ المُحَرَّماتِ . ولا نعلمُ فى هذا خِلافًا .

٧/٥٥ظ

١١٤٦ - مسألة ؛ قال : (ولَبَنُ الفَحْلِ مُحَرِّمٌ)

معناه أنَّ المرأةَ إذا أرْضَعَتْ طِفْلًا بلَبَنٍ ثَابَ[1] من وَطْءِ رَجُلٍ ، حُرِّمَ الطِّفْلُ على الرجلِ وأقارِبِه ، كما يُحَرِّمُ وَلَدُه من النَّسَبِ ؛ لأنَّ اللَّبَنَ من الرجلِ كما هو من المرأةِ ، فيصيرُ الطفلُ وَلَدًا للرجلِ ، والرجلُ أباه ، وأولادُ الرجلِ إخوتَه ، سواءٌ كانوا من تِلْكَ المَرْأةِ أو من غيرِها ، وإخْوةُ الرجلِ وأخَواتُه أعمامُ الطِّفْلِ وعَمَّاتُه ، وآباؤُه وأُمَّهاتُه أجْدادُه وجَدَّاتُه . قال أحمدُ : لَبَنُ الفَحْلِ أن يكونَ للرَّجُلِ امْرأتانِ ، فتُرْضِعَ هذه صَبِيَّةً وهذه صَبِيًّا ، لا يُزَوَّجُ هذا من هذا . وسُئِلَ ابنُ عباسٍ عن رجلٍ له جارِيَتانِ ، أرْضَعَتْ إحداهُما جاريةً والأُخْرَى غُلامًا ، فقال : لا ، اللِّقاحُ واحدٌ[2] . قال التِّرْمِذِىُّ : هذا تفسيرُ لَبَنِ

= ١ / ٤٧٤ . والنسائى ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، وباب تحريم بنت الأخ من الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٨٢ ، ٨٣ . وابن ماجه ، فى : باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٣ . والدارمى ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٦ . والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، وباب جامع ما جاء فى الرضاعة ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢ / ٦٠١ ، ٦٠٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٧٥ ، ٢٩٠ ، ٣٢٩ ، ٣٣٩ ، ٦ / ٤٤ ، ٥١ ، ٦٦ ، ٧٢ ، ١٠٢ ، ١٧٨ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب : ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ... ﴾ ، وباب : ﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم ... ﴾ ، وباب : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف ﴾ ، من كتاب النكاح ، وفى : باب المراضع من المواليات ، من كتاب النفقات . صحيح البخارى ٣ / ٢٢٢ ، ٧ / ١٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ٨٧ . ومسلم ، فى : باب تحريم الربيبة وأخت المرأة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٧٢ ، ١٠٧٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح ١ / ٤٧٤ . وابن ماجه ، فى : باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢٩١ ، ٤٢٨ .

(١) ثاب : رجع .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ٨٩ ، ٩٠ . =

الفَحْلِ . وممَّن قال بتَحْرِيمه عليٌّ ، وابنُ عباسٍ ، وعَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، ومُجاهدٌ ، والحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والقاسمُ ، وعروةُ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعىُّ ، والشافعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : وإليه ذَهَبَ فقهاءُ الأمصارِ بالحِجازِ والعراقِ والشامِ ، وجماعةُ أهْلِ الحديثِ . ورَخَّصَ فى لبنِ الفَحْلِ سَعِيدُ بن المُسَيَّبِ ، وأبو سَلَمةَ بن عبدِ الرحمنِ ، وسليمانُ بن يَسَارٍ ، وعَطاءُ ابن يَسارٍ[3] ، والنَّخَعِىُّ ، وأبو قِلَابَةَ . ويُـرْوَى[4] ذلك عن ابـنِ الزُّبَيْـرِ ، وجماعـةٍ من أصحابِ رسولِ الله ﷺ غيرِ مُسَمَّينَ ؛ لأنَّ الرَّضاعَ من المرأةِ لا من الرَّجُلِ . ويُرْوَى عن زَيْنبَ بنت أبى سَلَمةَ ، أنَّها أرْضَعَتْها أسماءُ بنتُ أبى بكرٍ ، امرأةُ الزُّبَيْرِ ، قالت : وكان الزبيرُ يَدْخُلُ عَلَىَّ وأنا أمْتَشِطُ ، فيأخذُ بقَرْنٍ من قُرُونِ رَأْسِى ، فيقول : أقْبِلِى علىَّ فحَدِّثِينِى . أراه والدًا ، وما وَلَدَ فهم إخْوَتِى ، ثم إنَّ عبدَ الله بن الزُّبيرِ أرْسَلَ إلىَّ يَخْطُبُ أُمَّ كُلْثُومٍ ابْنَتِى ، على حَمْزةَ بن الزُّبَيْرِ ، وكان حَمْزةُ للكَلْبِيَّةِ ، فقلتُ لرَسُولِه : وهل تَحِلُّ له ، وإنَّما هى ابنةُ أُخْتِه[5] ؟ فقال عبدُ الله : إنَّما أرَدْتِ بهذا المَنْعَ لما قِبَلَكِ ، أمَّا ما وَلَدَتْ أسماءُ فهم إخْوَتُكِ ، وما كان من غيرِ أسْماءَ فليسوا لكِ بإخْوةٍ ، فأرْسِلِى فسَلِى عن هذا ، فأرْسَلَتْ فسألتْ[6] ، وأصحابُ رسولِ الله ﷺ متوافِرُون ، فقالوا لها : إنَّ الرَّضاعةَ من قِبَلِ الرَّجُلِ لا تُحَرِّمُ شيئًا . فأنْكَحَتْها إيَّاهُ ، فلم تَزَلْ عنده حتى هَلَكَ عنها[7] . ولَنا ، ما / رَوَتْ عائشةُ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّ أفْلَحَ أخا أبى القُعَيْسِ ، اسْتَأْذَنَ ٥٦/٧و

= والبيهقى ، فى : باب يحرم من الرضاع ... ، من كتاب الرضاع . السنن الكبرى ٧ / ٤٥٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى ابنة الأخ من الرضاعة . السنن ١ / ٢٤٠ .

(٣) عطاء بن يسار المدنى الفقيه ، مولى ميمونة أم المؤمنين ، ثقة ، توفى سنة ثلاث ومائة . العبر ١ / ١٢٥ .

(٤) فى الأصل : « وروى » .

(٥) فى ا ، ب ، م : « أخيه » .

(٦) سقط من : م .

(٧) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٣ .

علىَّ بعدَ ما أُنْزِلَ الحِجَابُ ، فقلتُ : واللهِ لَا آذَنُ له حتى أَستَأْذِنَ رسولَ اللهِ ﷺ ، فَإِنَّ أَخَا أَبِى القُعَيْسِ ليس هو أَرْضَعَنِى ، ولكنْ أَرْضَعَتْنِى امرأَةُ أَبِى القُعَيْسِ ، فدَخَلَ علىَّ رسولُ اللهِ ﷺ ، فقلتُ : يا رسولَ اللهِ إن الرجلَ ليس هو أَرْضَعَنِى ، ولكنْ أَرْضَعَتْنِى امرأَتُه . فقال : « ائْذَنِى لَهُ ، فَإِنَّهُ عَمُّكِ ، تَرِبَتْ يَمِينُكِ » . قال عُرْوَةُ : فبذلك كانت عائشةُ تأْخُذُ بقولِ : حَرِّمُوا[٨] من الرَّضاعِ ما يَحْرُمُ[٩] من النَّسَبِ . مُتَّفَقٌ عليه[١٠] . وهذا نَصٌّ[١١] قاطعٌ فى مَحَلِّ النِّزاعِ ، فلا يُعَوَّلُ على ما خالَفَه . فأمَّا حديثُ زَيْنَبَ ، فإن صَحَّ فهو حُجَّةٌ لنا ، فإنَّ الزُّبَيْرَ كان يَعْتَقِدُها[١٢] ابْنَتَه ، وتَعْتَقِدُه أباها ، والظَّاهِرُ أن هذا كان مشهورًا عندَهم ، وقولُه مع إقْرارِ أهلِ عَصْرِه[١٣] ، أَوْلَى من قولِ ابْنِه وقولِ قومٍ لا يُعْرَفُونَ .

١١٤٧ – مسألة ؛ قال : (والْجَمْعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا[١] ، وبَيْنَها وبَيْنَ خالَتِهَا)

قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أجمعَ أهلُ العلمِ على القولِ به[٢] . وليس فيه بحمدِ اللهِ اختلافٌ ، إلَّا أنَّ بعضَ[٣] أهلِ البِدَعِ ممَّن لا تُعَدُّ مُخالَفَتُه خِلافًا ، وهم الرَّافِضَةُ والخَوارِجُ ، لم يُحَرِّمُوا ذلك ، ولم يقولوا بالسُّنَّةِ الثَّابتةِ عن رسولِ اللهِ ﷺ ، وهى ما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا يَجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وعَمَّتِهَا ، ولَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وخَالَتِهَا » . مُتَّفَقٌ

---

(٨) فى م : « يحرم » .
(٩) فى صحيح مسلم : « تحرمون » .
(١٠) تقدم تخريجه فى صفحة ٤٩٣ .
(١١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(١٢) فى م : « يعتقد أنها » .
(١٣) فى الأصل : « العصر » .
(١) فى م : « وبين عمتها » .
(٢) فى ب : « فيه » .
(٣) سقط من : ب .

عليه[٤] . وفى روايةِ أبى داودَ : « لَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا ، ولَا الْعَمَّـةُ عَلَـى بِنْتِ أَخِيهَا ، ولَا الْمَرْأَةُ عَلى خَالَتِهَا ، ولَا الْخَالَةُ عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا ، لَا تُنْكَحُ الْكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى ، ولَا الصُّغْرَى عَلَى الْكُبْرَى »[٤] . ولأنَّ العِلّةَ فى تَحْرِيمِ الجمعِ بين الأُخْتَيْـنِ إيقاعُ العَدَاوةِ بين الأقارِبِ ، وإفْضاؤُه إلى قَطِيعةِ الرَّحِمِ المُحَرَّمِ[٥] ، وهذا موجودٌ فيما ذكَرْنـا . فإن احْتَجُّوا بعُمُـومِ قولِـه سبحانـه : ﴿وَأُحِـلَّ لَكُـم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُـمْ﴾[٦] . خَصَّصْناه بما رَوَيْناه . وبَلَغَنا أنَّ رَجُلَيْنِ من الْخَوارِجِ أتَيَا عمرَ بن عبدِ العزيزِ ، فكان ممَّا أنْكَرَا عليه رَجْمَ الزَّانِيَيْنِ[٧] ، وتحريمَ الجَمْعِ بين المرأةِ وعَمَّتِها ، وبـينها وبين خالَتِهـا ، وقالا : ليس هذا فى[٨] كتابِ الله تعالى . فقال لهما : كَمْ فَرَضَ اللهُ عليكم من الصلاةِ ؟ قالا : خَمْسَ صَلَواتٍ فى اليومِ والليلةِ . وسَأَلَهما عن عددِ رَكعاتِها ، فأخْبَراه بذلك ، / وسأَلَهُما عن مِقْدارِ الزَّكاةِ ونُصبِها ، فأخْبَراه . فقال : فأيْنَ[٩] تَجِدانِ ذلك فى كتابِ اللهِ ؟ قالا : لا نَجِدُه فى كتابِ الله . قال : فمِن أين صِرْتُما إلى ذلك ؟ قالا : فَعَلَه رسولُ الله ﷺ والمسلمونَ بعدَه . قال : فكذلك هذا . ثم لا فَرْقَ بين الخالةِ والعَمَّةِ ، حقيقةً أو مجازًا ، كعَمَّاتِ آبائِها وخالاتِهم ، وعَمَّاتِ أُمَّهاتِها وخالاتِهنَّ ، وإن عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، من نَسَبٍ كان ذلك أو من[١٠] رَضَاعٍ ، فكلُّ شَخْصَيْنِ لا يجوزُ لأحَدِهما أن يتزوَّجَ الآخَرَ ، لو كان أحَدُهما ذكرًا والآخرُ أنثى لأجْلِ القَرابةِ ، لا يجوزُ الجمعُ بينهما ، لتَأْدِيَةِ ذلك إلى قَطِيعةِ[١١] الرَّحِمِ القَرِيبةِ ، لما فى الطِّباعِ[١٢] من التَّنافُسِ والغَيْـرةِ بين

٧/٥٦ ظ

---

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٥١٣ .

(٥) سقط من : ا .

(٦) سورة النساء ٢٤ .

(٧) فى م : « الزانى » .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى م : « فهل » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) فى الأصل ، ب : « قطع » .

(١٢) فى الأصل : « ذلك » .

الضَّرائرِ . ولا يجوزُ الجمعُ بين المرأةِ وأُمِّها فى العَقْدِ ؛ لما ذكَرْناه ، ولأنَّ الأُمَّ إلى ابْنَتِها أقْرَبُ من الأُخْتَيْنِ ، فإذا لم يُجْمَعْ بين الأُخْتَيْنِ فالمرأةُ وبِنْتُها أَوْلَى .

فصل : ولا يَحْرُمُ الجمعُ بين ابْنَتَي العَمِّ ، وابْنَتِي الخالِ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، لعَدَمِ النَّصِّ فيهما بالتَّحْرِيمِ ، ودُخُولهما فى عُمُومِ قوله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . ولأن إحْدَاهما تَحِلُّ لها الأخرَى لو كانت ذَكَرًا ، وفى كَرَاهةِ ذلك روايتان ؛ إحداهما : يُكْرَه . رُوِىَ ذلك عن ابنِ مسعودٍ . وبه قال جابرُ بن زيدٍ ، وعَطاءٌ ، والحسنُ ، وسعيدُ بن عبد العزيز . ورَوَى أبو حَفْصٍ ، بإسْنادِه عن عِيسَى بن طَلْحةَ ، قال : نَهى رسولُ الله ﷺ أن تُزَوَّجَ المرأةُ على ذِى قَرابَتِها ، كَراهِيَةَ[13] القَطِيعةِ[14] . ولأنَّه مُفْضٍ إلى قطيعةِ الرَّحِمِ المأمورِ بصِلَتِها ، فأقَلُّ أحْوالِه الكَراهةُ . والأُخرَى ، لا يُكْرَه . وهو قولُ سليمانَ بن يَسارٍ ، والشَّعْبِىِّ ، وحسنٍ[15] بن حَسَنٍ ، والأوْزاعِىِّ ، والشافعىِّ ، وإسْحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ ؛ لأنَّه ليست بينهما قَرابةٌ تُحَرِّمُ الجمعَ ، فلا يَقْتَضِى كَرَاهَتَه ، كسائرِ الأقارِبِ .

١١٤٨ – مسألة ؛ قال : (وَإذَا عَقَدَ عَلَى الْمَرْأَةِ ، ولَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، فَقَدْ حَرُمَتْ عَلَى ابْنِهِ وأَبِيهِ ، وحَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا ، والجَدُّ وإنْ عَلَا فِيمَا قُلْتُ بمَنْزِلَةِ الْأَبِ ، وابْنُ الْابْنِ فِيهِ وَإنْ سَفَلَ بِمَنْزِلَةِ الْابْنِ)

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ إذا عَقَدَ الرجلُ عَقْدَ النكاحِ عليها ، حَرُمَتْ على أبيه بمُجَرَّدِ العقدِ عليها ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُم ﴾[1] وهذه من حَلائِلِ أبنائِه ، وتَحْرُمُ على أبِيه لقولِه سبحانه : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم ﴾[2] وهذه قد نَكَحَها أبوه ، وتَحْرُمُ أُمُّها عليه لقولِه سبحانه : ﴿ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾[1] وهذه مِنْهُنَّ . وليس فى هذا

---

(١٣) فى ب : « كراهة » .

(١٤) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٦٣ .

(١٥) فى ا ، م : « وحسين » . وفى حاشية ب تعريف به لم نستطع قراءته جميعه ، وفيه أنه كان من أفاضل أهل المدينة وعقلائهم ، ومن مشاهير التابعين ، سمع أباه .

ولعله : الحسن بن الحسن بن على بن أبى طالب ، ثقة ، توفى سنة سبع وتسعين . تهذيب التهذيب ٢ / ٢٦٣ .

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) سورة النساء ٢٢ .

اختلافٌ بحمدِ الله ، إلَّا شيءٌ ذكَرْناه فيما تقدَّم . والجَدُّ كالأَبِ فى هذا ، وابنُ الابنِ كالابْنِ / فيه ؛ لأنَّهم يَدْخُلونَ فى اسْمِ الآباءِ والأبناءِ ، وسواءٌ فى هذا القَرِيبُ والبَعِيدُ ، والوارثُ وغيرُه ، من قِبَلِ الأبِ أو الأُمِّ[3] ، ومن وَلَدِ البَنِين أو وَلَدِ البَناتِ . وقد تقدَّم ذلك .

٥٧/٧و

١١٤٩ ـ مسألة؛ قال: (وكُلُّ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ الْمُحَرَّمَاتِ مِنَ النَّسَبِ والرَّضَاعِ، فَبَنَاتُهُنَّ فِى التَّحْرِيمِ كلُّهُنَّ ، إلَّا بَنَاتِ الْعَمَّاتِ والْخَالَاتِ ، وبَنَاتِ مَنْ نَكَحْنَ الآباءَ والأبناءَ ، فَإِنَّهُنَّ مُحَلَّلَاتٌ ، وكَذٰلِكَ بَنَاتُ الزَّوْجَةِ الَّتِى لَمْ يَدْخُلْ بِهَا)

وجملةُ ذلك أنَّ كلَّ مُحَرَّمةٍ تَحْرُمُ ابْنَتُها ، لتَناوُلِ التَّحْرِيمِ لها ، فالأُمَّهاتُ تَحْرُمُ بَنَاتُهُنَّ ؛ لأنَّهنَّ أخواتٌ أو عَمَّاتٌ أو خالاتٌ ، والبناتُ تَحْرُمُ بَنَاتُهنَّ ؛ لأنَّهنَّ بَنَاتٌ ، ويَحْرُمُ بناتُ الأَخَواتِ وبَناتُهنَّ ؛ لأنَّهنَّ بَناتُ الأُختِ ، وكذلك بَناتُ بناتِ الأخِ ، إلَّا بَناتِ العَمَّاتِ والخالاتِ ، فلا يُحَرَّمْنَ بالإجماعِ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وبَنَاتِ عَمِّكَ وبَنَاتِ عَمَّاتِكَ وبَنَاتِ خَالِكَ وبَنَاتِ خَالَاتِكَ ﴾[1] . فأحَلَّهُنَّ اللهُ لنَبِيِّه عليه السلام ، ولأنَّهنَّ لم يُذْكَرْنَ فى التَّحْرِيمِ ، فيَدْخُلْنَ فى قولِ الله تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾[2] وكذلك لا يَحْرُمُ بناتُ[3] زَوْجاتِ الآباءِ والأبناءِ ؛ [4]لأنَّهُنَّ حُرِّمْنَ لكَوْنِهِنَّ حَلائلَ الآباءِ والأبناءِ[4] ، ولم يُوجَدْ ذلك فى بَناتِهِنَّ ، ولا وُجِدَتْ فيهنَّ عِلَّةٌ أُخرَى تَقْتَضِى تحرِيمَهنَّ ، فدَخَلْنَ فى قولِه سبحانه : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . وكذلك بَناتُ

---

(٣) فى م : « والأم » .

(١) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٢) سورة النساء ٢٤ .

(٣) فى الأصل زيادة : « الزوجة التى لم يدخل بها إلا » .

(٤ ـ ٤) سقط من : الأصل .

الزَّوْجةِ التي لم يَدْخُلْ بها[٥] مُحَلَّلاتٌ ؛ لقولِه سبحانه : ﴿ فإن لَّمْ تكونوا دَخلتم بِهِنَّ فلا جُنَاحَ عَلَيْكُم ﴾[٦] . وهُنَّ الرَّبائِبُ ، وليس هؤلاء مِمَّنْ حُرِّمَتْ أُمُّهُنَّ ، وإنَّما ذكَرها لأنَّها مُحَلَّلةٌ ، فيَشْتَبِه حُكْمُها . فإن قيل : فلِمَ حُرِّمَتْ ابْنَةُ الرَّبِيبةِ ، ولم تُحَرَّمْ ابنةُ حَلِيلةِ الابْنِ ؟ قُلْنا : لأنَّ ابْنَةَ الربيبةِ رَبِيبةٌ ، وابنةَ الحليلةِ ليست حَلِيلةً ، ولأنَّ عِلَّةَ تَحْرِيمِ الرَّبيبةِ أنَّه يَشُقُّ التَّحَرُّزُ من النَّظَرِ إليها ، والخَلْوةِ بها ، بكَوْنِها فى حِجْرِه فى بَيْتِه ، وهذا المعنى يُوجَدُ فى بِنْتِها وإن سَفَلَتْ ، والْحَلِيلةُ حُرِّمَتْ بِنكاحِ الأبِ والابْنِ لها ، ولا يُوجَدُ ذلك فى ابْنَتِها .

١١٥٠ – مسألة ؛ قال : (وَوَطْءُ الْحَرَامِ مُحَرِّمٌ كما يُحَرِّمُ وَطْءُ الْحَلَالِ والشُّبْهَةِ)

يعنى أنَّه يَثْبُتُ به تَحْريمُ المُصاهَرةِ ، فإذا زَنَى بامْرأةٍ حُرِّمَتْ على أبيه وابْنِه ، وحُرِّمَتْ عليه أُمُّها وابْنَتُها ، كما لو وَطِئَها بشُبْهةٍ أو حَلالًا . ولو وَطِئَ أُمَّ امْرأتِه أو بِنْتَها ، حُرِّمَتْ عليه امْرأتُه . نَصَّ أحمدُ على هذا ، فى روايةِ جماعةٍ . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن عِمْرانَ ابن حُصَيْنٍ . وبه قال الحسنُ ، وعَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، ومُجاهدٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، / أنَّ الوَطْءَ الحَرَامَ لا يُحَرِّمُ[١] . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، ويَحْيَى بن يَعْمُرَ ، وعُرْوةُ ، والزُّهْرِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لما رُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يُحَرِّمُ الحَرَامُ الْحَلالَ »[٢] . ولأنَّه وَطْءٌ لا تَصِيرُ به المَوْطُوءةُ فِراشًا ، فلا يُحَرِّمُ ، كوَطْءِ

٥٧/٧ ظ

(٥) سقط من : م .

(٦) سورة النساء ٢٣ .

(١) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يفجر بالمرأة ... ، من كتاب الطلاق . السنن ١ /٣٩٣ . والبيهقى ، فى : باب الزنى لا يحرم الحلال ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٨ .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا يحرم الحرام ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٩ . والدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٦٨ . والبيهقى ، فى : باب الزنى لا يحرم الحلال ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٨ ، ١٦٩ .

الصَّغِيرةِ . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ ﴾[3] . والوَطْءُ يُسَمَّى نِكاحًا . قال الشاعرُ :

إذا زَنَيْتَ فأجِدْ نكاحًا

فيدْخُلُ[4] فى عُمُومِ الآيةِ ، وفى الآية قَرِينةٌ تَصْرِفُه إلى الوَطْءِ ، وهو قولُه سبحانه وتعالى : ﴿ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ . وهذا التَّغْليظُ إنَّما يكونُ فى الوَطْءِ . ورُوِىَ عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا يَنْظُرُ اللهُ إِلَى رَجُلٍ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وابْنَتِها »[5] . ورَوَى الجُوزجانِىُّ ، بإسْنادِه عن وَهْبِ بن مُنَبِّهٍ ، قال : « مَلْعُونٌ مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ وابْنَتِهَا »[6] . فذَكَرْتُه لسعيدِ بن المُسَيَّبِ فأعْجَبَه . ولأنَّ ما تَعَلَّقَ من التَّحريمِ بالوَطْءِ المُباحِ ، تَعَلَّقَ بالمَحْظُورِ ، كوَطْءِ الحائِضِ ، ولأنَّ النِّكاحَ عَقْدٌ يُفْسِدُه الوَطْءُ بالشُّبْهةِ ، فأفْسَدَه الوطءُ الحَرامُ كالإِحْرامِ ، وحَدِيثُهم لا نَعْرِفُ صِحَّتَه ، وإنَّما هو من كلامِ ابنِ أَشْوَعَ[7] بعضِ قُضاةِ العِراقِ . كذلك قال الإمامُ أحمدُ . وقيل : إنَّه من قولِ ابنِ عباسٍ . وَوَطْءُ الصغيرةِ مَمْنوعٌ ، ثم يَبْطُلُ بوَطْءِ الشُّبْهةِ .

فصل : والوَطْءُ على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ مُباحٌ ، وهو الوَطْءُ فى نِكاحٍ صحيحٍ أو مِلْكِ يمينٍ ، فيتعلَّقُ به تحريمُ المُصاهَرةِ بالإجماعِ ، ويصيرُ[8] مَحْرَمًا لمن حُرِّمَتْ عليه ؛

---

(3) سورة النساء 22 .

(4) فى م : « فحمل » .

(5) أخرجه الدارقطنى موقوفا ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى 3 / 269 .

(6) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يكون تحته الأمة المملوكة وابنتها فيريد أن يطأ أمها ، من كتاب النكاح . المصنف 4 / 168 .

(7) فى م : « أسوع » . وفى حاشية ب : « قال ابن الأثير فى جامع الأصول : اسمه سعيد بن عمر بن أشوع ، بفتح الهمزة وسكون الشين وفتح الواو وبالعين المهملة ، الهمدانى الكوفى ، قاضى الكوفة . سمع الشعبى ، وروى عنه الثورى ، ويحيى بن ... وزكريا بن أبى زائدة . قال يحيى بعد شرح الحديث . يعرفه الناس . مات ... خالد بن عبد الله » .
وتتمة الكلام أنه توفى فى ولاية خالد بن عبد الله ، وأرخه ابن قانع سنة عشرين ومائة . انظر : تهذيب التهذيب 4 / 67 .

(8) فى م : « ويعتبر » .

لأنَّها حُرِّمَتْ عليه على التأْبِيدِ ، بسَبَبٍ مُباحٍ ، أشْبَهَ النَّسَبَ . الثانى ، الوَطْءُ بالشُّبْهةِ ، وهو الوَطْءُ فى نِكاحٍ فاسدٍ ، أو شِرَاءٍ فاسدٍ ، أو وَطْءُ امْرأةٍ ظَنَّها[9] امْرَأتَه أو أمَتَه ، أو وَطْءُ الأمَةِ المُشْتَرَكةِ بينَه وبين غيرِه ، وأشْباهُ هذا ، فهذا يتعلَّقُ به التَّحْريمُ كتَعَلُّقِه[10] بالوَطْءِ المُباحِ إجماعًا . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَنْ نَحْفَظُ عنه من عُلَماءِ الأمصارِ ، على أنَّ الرجلَ إذا وَطِئَ امرأةً[11] بنِكاحٍ فاسدٍ ، أو شِراءٍ[12] فاسدٍ ، أنَّها تَحْرُمُ على أبيه وابْنِه وأجْدادِه وَوَلَدِ ولدِه . وهذا مذهبُ مالكٍ ، والأوْزاعىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وأحمدَ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ . ولأنَّه وَطْءٌ يَلْحَقُ به النَّسَبُ ، فأثْبَتَ التَّحْريمَ ، كالوَطْءِ المُباحِ . ولا يَصِيرُ به[13] الرجلُ مَحْرَمًا لمن حُرِّمَتْ عليه ، ولا يُباحُ له به النَّظَرُ إليها ؛ لأنَّ الوَطْءَ ليس بمُباحٍ ، ولأنَّ المَحْرَمِيَّةَ / تتعلَّقُ بكَمالِ حُرْمةِ الوَطْءِ ، لأنَّها إباحةٌ ، ولأنَّ المَوْطُوءَةَ[14] لم يَسْتَبِحِ النَّظَرَ إليها فلأن لا يَسْتَبِيحَ النَّظَرَ إلى غيرِها به[13] أوْلَى . الثالث ، الحَرامُ المَحْضُ ، وهو الزِّنَى ، فيَثْبُتُ به التَّحْريمُ ، على الخِلافِ المذكورِ ، ولا[15] تثبتُ به المَحْرَمِيَّةُ ، ولا إباحةُ النَّظرِ ؛ لأنَّه إذا لم يَثْبُتْ بوَطْءِ الشُّبْهةِ ، فبالحرامِ[16] المَحْضِ أوْلَى ، ولا يثْبُتُ به نَسَبٌ ، ولا يَجِبُ به المَهْرُ إذا طاوَعَتْه فيه .

٥٨/٧و

فصل : ولا فَرْقَ فيما ذَكَرْنا[17] بين الزِّنَى فى القُبُلِ والدُّبُرِ ؛ لأنَّه يتعلَّقُ [18]به التَّحْريمُ[18] فيما إذا وُجِدَ فى الزَّوْجةِ والأمَةِ ، فكذلك فى الزِّنَى . فإن تَلَوَّطَ بغُلامٍ ، فقال

---

(٩) فى الأصل ، ب : « يظنها » .
(١٠) فى الأصل : « كتعليقه » .
(١١) فى الأصل : « امرأته » .
(١٢) فى م : « بشراء » .
(١٣) سقط من : ب ، م .
(١٤) فى ا ، ب ، م : « الموطوء » .
(١٥) فى ب : « ولأنه » .
(١٦) فى م : « فالحرام » .
(١٧) فى الأصل : « ذكرناه » .
(١٨–١٨) فى م : « بالتحريم » .

بعضُ أصْحابِنا: يتعلَّقُ به التَّحْريمُ أيضا، فيَحْرُم على اللَّائِطِ أُمُّ الغُلامِ وابْنتُه، وعلى الغُلامِ أُمُّ اللَّائِطِ وابْنَتُه. قال: ونَصَّ عليه أحمدُ. وهو قولُ الأوْزاعيِّ؛ لأنَّه وَطْءٌ فى الفَرْجِ، فنَشَرَ الحُرْمَةَ، كوَطْءِ المرأةِ، ولأنَّها بِنْتُ مَن وَطِئَه وأُمُّه، فحَرُمتا عليه، كما لو كانت المَوْطُوءةُ أُنْثَى. وقال أبو الخَطَّابِ: يكونُ ذلك كالمُباشَرَةِ دُونَ الفَرْجِ، يكونُ فيه رِوَايتان. والصحيحُ أن هذا لا يَنْشُرُ الحُرْمَةَ، فإنَّ هؤلاءِ غيرُ مَنْصُوصٍ عليهِنَّ فى التَّحْريمِ، فيَدْخُلْنَ فى عُمُومِ قولِه تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾[19]. ولأنَّهنَّ غيرُ مَنْصوصٍ عليهِنَّ، ولا فى معنى المَنْصُوصِ عليه، فوَجَبَ أن لا يَثْبُتَ حُكْمُ التَّحْريمِ فيهِنَّ، فإنَّ المْنصوصَ عليهنَّ فى هذا حَلائِلُ الأبْناءِ، ومَنْ نَكَحَهُنَّ الآباءُ وأمهاتُ النساءِ وبناتُهُنَّ، وليس هؤلاءِ منهنَّ، ولا فى مَعْناهنَّ؛ لأنَّ الوَطْءَ فى المرأةِ[20] يكونُ سَبَبًا للبَعْضِيَّةِ[21]، ويُوجِبُ المَهْرَ، ويَلْحَقُ به النَّسَبُ، وتَصِيرُ به المرأةُ فِرَاشًا، ويُثْبِتُ أحكامًا لا يُثْبِتُها اللِّوَاطُ، فلا يجوزُ إلْحاقُه بهنَّ؛ لعَدَمِ العِلَّةِ، وانْقطاعِ الشَّبَهِ، ولذلك لو أرْضَعَ الرجلُ طِفلًا، لم يَثْبُتْ به حكمُ التَّحْريمِ، فههُنا أَوْلَى. وإن قُدِّرَ بينهما شَبَهٌ من وَجْهٍ ضَعِيفٍ، فلا يجوزُ تخْصِيصُ عُمومِ الكتابِ به، واطِّرَاحُ النَّصِّ بمِثْلِه.

فصل: ويَحْرُمُ على الرَّجُلِ نِكاحُ بِنْتِه من الزِّنَى، وأُخْتِه، وبِنْتِ ابْنِه، وبنتِ بِنْتِه، وبنتِ أخِيه، وأُخْتِه من الزِّنَى. وهو قولُ عامَّةِ الفُقَهاءِ. وقال مالكٌ، والشافعىُّ فى المشهور من مَذْهَبِه: يجوزُ ذلك كلُّه؛ لأنَّها أجْنَبِيَّةٌ منه ولا تَنْتَسِبُ[22] إليه شَرْعًا، ولا يَجْرِى التَّوَارُثُ بينهما، ولا تَعْتِقُ عليه إذا مَلَكَها، ولا تَلْزَمُه نَفَقَتُها، فلم تَحْرُمْ عليه، / كسائرِ الأجانبِ. ولَنا، قولُ الله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾[23]. وهذه

٧/٥٨ ظ

(١٩) سورة النساء ٢٤.

(٢٠) فى الأصل: «امرأة».

(٢١) فى ا، ب، م: «للبضعية».

(٢٢) فى ب، م: «تنسب».

(٢٣) سورة النساء ٢٣.

بِنْتُه ، فإنَّها أُنْثَى مَخْلُوقةٌ من مائِه ، وهذه[٢٤] حقيقةٌ لا تَخْتَلِفُ بالحِلِّ والحُرْمةِ ، ويَدُلُّ[٢٥] على ذلك قولُ النَّبِيِّ ﷺ ، فى امرأةِ هِلَالِ بن أُمَيَّةَ : « آنْظُرُوهُ » . يعنى وَلَدَها « فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كذا فهُوَ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ » . يعنى الزَّانِىَ[٢٦] . ولأنَّها مخلوقةٌ من مائِه[٢٧] ، فأشْبهتِ المخلوقةَ من وَطْءِ الشُّبْهَةِ[٢٨] ، ولأنَّها بضْعةٌ منه ، فلم تَحِلَّ له ، كبِنْتِه من النِّكاحِ ، وتَخَلُّفُ بعضِ الأحْكامِ لا يَنْفِى كَوْنَها بِنْتًا ، كما لو تَخَلَّفَ لِرِقٍّ أو اخْتلافِ دِينٍ . إذا ثَبتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين عِلْمِه بكَوْنِها منه ، مثل أن يَطَأَ امرأةً فى طُهْرٍ لم يُصِبْها فيه غيرُه ، ثم يَحْفَظَها حتى تَضَعَ ، أو مثل أن يَشْتَرِكَ جماعةٌ فى وَطْءِ امرأةٍ ، فتأْتِىَ بوَلَدٍ لا يُعْلَمُ هل هو منه أو من غيرِه ؟ فإنَّها تَحْرُمُ على جميعِهم لوَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّها بِنْتُ مَوْطُوءَتِهم . والثانى ، أنَّنا نَعْلَمُ أنَّها بنتُ بعضِهم ، فتَحْرُمُ على الجميعِ ، كما لو زَوَّجَ الوَلِيَّانِ ، ولم يُعْلَمِ السَّابِقُ منهما ، وتَحْرُمُ على أولادِهم ؛ لأنَّها أختُ بعضِهم غيرَ معلومٍ ، فإنِ ألْحَقَتْها القافةُ بأحَدِهم ، حَلَّتْ لأوْلادِ الباقِين ، ولم تَحِلَّ لأحدٍ ممَّن وَطِئَ أُمَّها ؛ لأنَّها فى معنى رَبِيبَتِه .

فصل : ووَطْءُ المَيِّتَةِ يَحْتَمِلُ وَجْهين ؛ أحدهما ، يَنْشُرُ الحُرْمةَ ؛ لأنَّه مَعْنًى يَنْشُرُ الحُرْمةَ المُؤَبَّدةَ ، فلم يَخْتَصَّ بالحياةِ كالرَّضاعِ . والثانى ، لا ينشرُها . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّه ليس بسَبَبٍ للبَعْضِيَّةِ[٢٩] ، ولأنَّ التَّحْريمَ يَتعلَّقُ باسْتِيفاءِ مَنْفَعةِ الوَطْءِ ، والموتُ يُبْطِلُ المنافعَ . وأمَّا الرَّضاعُ ، فيُحَرِّمُ ؛ لما يَحْصُلُ به من إنْباتِ اللَّحْمِ وإنْشازِ العَظْمِ ، وهذا يَحْصُلُ من لَبَنِ المَيِّتَةِ . وفى وَطْءِ الصَّغِيرةِ أيضًا وَجْهانِ ؛ أحدهما ، يَنْشُرُها . وهو قولُ أبى يوسفَ ؛ لأنَّه وَطْءٌ لآدَمِيَّةٍ حَيَّةٍ فى القُبُلِ ، أشْبهَ وَطْءَ الكبيرةِ . والثانى ، لا ينشرُها . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه ليس بسَبَبٍ للبَعْضِيَّةِ[٢٩] أشْبهَ وَطْءَ المَيِّتَةِ .

---

(٢٤) فى ا ، م : « هذه » .

(٢٥) فى ب : « وقد يدل » .

(٢٦) انظر تخريجه فى : ٨ / ٣٧٣ .

(٢٧) بعد هذا فى م زيادة : « وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة » . وتقدم مثلها .

(٢٨) فى م : « بشبهة » .

(٢٩) فى م : « للبضعية » .

فصل : فأمَّا المُباشَرةُ فيما دُونَ الفَرْجِ ، فإن كانتْ لغيرِ شَهْوةٍ ، لم تَنْشُرِ الحُرْمَةَ . بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . وإن كانت لشهوةٍ ، وكانت فى أجْنَبِيَّةٍ ، لم تَنْشُر الحُرْمةَ أيضا . قال الْجُوزَجانِيُّ : سألتُ أحمدَ عن رَجُلٍ نَظَرَ إلى أُمِّ امْرَأتِه فى[٣٠] شهوةٍ ، أو قَبَّلَها ، أو باشَرَها . فقال : أنا أقولُ لا يُحَرِّمُه شىءٌ من ذلك إلَّا الجماعُ . وكذلك نَقَلَ أحمدُ بن القاسمِ ، وإسحاقُ بن منصورٍ . وإن كانت المُباشَرةُ لِامْرأةٍ مُحَلَّلةٍ له ، كامْرَأتِه ، أو مَمْلوكَتِه[٣١] ، لم تُحَرَّمْ عليه ابْنَتُها . قال ابنُ عباسٍ : لا يُحَرِّمُ / الرَّبِيبَةَ إلَّا جماعُ أُمِّها[٣٢] . وبه قال طاوُسٌ ، وعمرُو بن دِينارٍ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾[٣٣] . وهذا ليس بدُخولٍ فلا يجوزُ تَرْكُ النَّصِّ الصريحِ من أجْلِه . وأمَّا تحريمُ أُمِّها ، وتَحْريمُها على أبى المُباشِرِ لها وابْنِه ؛ فإنَّها فى النِّكاحِ تُحَرَّمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ قبلَ المُباشَرةِ ، فلا يَظْهَرُ للمُباشَرةِ أثَرٌ . وأمَّا الأمَةُ ، فمتى باشَرَها دُونَ الفَرْجِ لشَهْوةٍ ، فهل يَثْبُتُ تحريمُ المُصاهَرةِ ؟ فيه رِوَايَتان ؛ إحداهما ، يَنْشُرُها . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عمرَ ، وعبدِ الله بن عَمْرٍو ، ومَسْرُوقٍ . وبه قال القاسمُ[٣٤] بن محمد[٣٤] ، والحسنُ ، ومكحولٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، ومالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، وأبو حَنيفةَ ، وعلىُّ بن الْمَدِينىِّ . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه نَوْعُ اسْتِمْتاعٍ ، فتَعَلَّقَ به تَحْريمُ المُصاهَرةِ ، كالوَطْءِ فى الفَرْجِ ، [٣٥]ولأنَّه تَلَذُّذٌ بمُباشَرةٍ[٣٥] ، فَيتعلَّقُ[٣٦] به التحريمُ كالوَطْءِ[٣٧] . والثانية ، لا يَثْبُتُ به التَّحْريمُ ؛ لأنَّها مُلامَسةٌ لا تُوجِبُ الغُسْلَ ، فلم

٧/٥٩و

---

(٣٠) فى الأصل : « من » .

(٣١) فى الأصل : « امرأة مملوكة » .

(٣٢) أخرج نحوه سعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتزوج المرأة فتموت ... السنن ١ / ٢٣٤ .

(٣٣) سورة النساء ٢٣ .

(٣٤-٣٤) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(٣٥-٣٥) فى ب : « لا بمباشرة » .

(٣٦) فى م : « يتعلق » .

(٣٧) فى م : « كما لو وطئ » .

يَثْبُتْ بها التَّحْرِيمُ ، كما لو لم يَكُنْ (٣٨لِشَهْوةٍ ، ولأنَّ٣٨) ثُبوتَ التَّحْرِيمِ إمَّا أن يكونَ بنصٍّ ، أو قياسٍ على المَنْصُوصِ ، ولا نَصَّ فى هذا ، ولا هو فى معنى المَنْصوصِ عليه ، ولا المُجْمَعِ عليه ، فإنَّ الوَطْءَ يتعلَّقُ به من الأحْكامِ اسْتِقْرارُ المَهْرِ ، والإحْصانُ ، والاغْتِسالُ ، والعِدَّةُ ، وإفْسادُ الإحْرامِ ، والصِّيامُ ، بخِلافِ اللَّمْسِ . وذكر أصحابُنا الرِّوايتَيْن فى جميعِ الصُّوَرِ من غير تَفْصِيلٍ ، وهذا الذى ذكرْناه أقْرَبُ إلى الصَّوابِ ، إن شاء اللهُ سبحانه .

فصل : ومَنْ نَظَرَ إلى فَرْجِ امْرأةٍ بشَهْوةٍ[٣٩] ، فهو كَلَمْسِها لشَهْوةٍ ، فيه أيضا روَايتان ؛ إحداهما ، يَنْشُرُ الحُرْمةَ فى المَوْضِعِ الذى يَنْشُرُها اللَّمْسُ . رُوِىَ عن عمرَ ، وابن عمرَ ، وعامرِ بن رَبِيعةَ ، وكان بَدْرِيًّا[٤٠] ، وعبدِ الله بن عمرٍو ، فى مَن يَشْتَرِى الخادِمَ ، ثم يُجَرِّدُها أو يُقَبِّلُها ، لا يَحِلُّ لِابْنِه وَطْؤُها . وهو قولُ القاسمِ ، والحسنِ ، ومجاهدٍ ، ومَكْحُولٍ ، وحَمَّادِ بن أبى سليمانَ ، وأبى حنيفةَ ؛ لما رَوَى عبدُ الله بن مسعودٍ ، عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « مَنْ نَظَرَ إلى[٤١] فَرْجِ امْرأةٍ ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُمُّها وبِنْتُهَا »[٤٢] . وفى لفظ : « لَا يَنْظُرُ اللهُ إلَى رَجُلٍ نَظَرَ إلى فَرْجِ امْرَأةٍ وابْنَتِهَا »[٤٣] . والثانية ، لا يتعلَّقُ به التَّحريمُ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وأكثرِ أهلِ العلمِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . ولأنَّه نَظَرٌ من غيرِ مُباشَرةٍ ، فلم يُوجِبِ التَّحْرِيمَ ، كالنَّظرِ إلى الوَجْهِ ، والخبرُ ضعيفٌ . قالَه الدَّارَقُطْنِىُّ . وقيل : هو موقوفٌ على ابنِ

(٣٨-٣٨) فى م : « بشهوة لأن » .

(٣٩) فى ا ، ب : « لشهوة » .

(٤٠) فى م : « بدويا » تحريف . وتقدم فى : ١ / ٢٥٥ .

(٤١) سقط من : ب .

(٤٢) فى م : « وابنتها » .

وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته ما حال امرأته ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٦٥ . وانظر : البيهقى ، فى : باب الزنى لا يحرم الحلال ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٧٠ .

(٤٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٢٧ .

مسعودٍ . ثم يَحْتَمِلُ أنّه كَنَى بذلك عن الوَطْءِ . وأمَّا / النظرُ إلى سائرِ البَدَنِ فلا يَنْشُرُ حُرْمةً . وقال بعضُ أصحابِنا : لا فَرْقَ بين النَّظَرِ إلى الفَرْجِ وسائرِ البَدَنِ لشَهْوةٍ . والصحيحُ ، خِلافُ هذا ؛ فإنَّ غيرَ الفَرْجِ لا يُقاسُ عليه ، لما بينهما من الفَرْقِ ، ولا خِلافَ نَعْلَمُه فى أنَّ النَّظرَ إلى الوَجْهِ لا يُثْبِتُ الحُرْمَةَ ، فكذلك غيرُه ، ولا خِلافَ أيضا فى أنَّ النَّظرَ إذا وَقَعَ من غير شَهْوةٍ لا ينشرُ حُرْمةً ؛ لأنَّ اللَّمْسَ الذى هو أبْلَغُ منه[44] لا يُؤَثِّرُ إذا كان لغيرِ شَهْوةٍ ، فالنَّظَرُ أَوْلَى . ومَوْضِعُ الخِلافِ فى اللَّمْسِ والنَّظرِ فى من بَلَغَتْ سِنًّا يُمْكِنُ الاسْتِمْتاعُ منها ، كابْنةِ تِسْعٍ فما زاد ، فأمَّا الطِّفْلةُ فلا يَثْبُتُ فيها ذلك . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى بنتِ سَبْعٍ : إذا قَبَّلَها حَرُمتْ عليه أُمُّها . قال القاضى : هذا عندى مَحْمولٌ على السِّنِّ الذى تُوجَدُ معه الشَّهْوةُ .

فصل : فإن نَظَرَتِ المرأةُ إلى فَرْجِ رَجُلٍ[45] لشَهْوةٍ ، فحكمُه فى التَّحْريمِ حكمُ نَظَرِه إليها . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه مَعْنًى يُوجِبُ التَّحْريمَ ، فاسْتَوَى فيه الرجلُ والمرأةُ كالجِماعِ . وكذلك يَنْبَغِى أن يكونَ حكمُ لَمْسِها له ، وقُبْلَتِها إيَّاه لشَهْوةٍ ؛ لما ذكَرْنا .

فصل : فأمَّا الخَلْوةُ بالمرأةِ ، فالصَّحيحُ أنَّها لا تَنْشُرُ حُرْمةً . وقد رُوِىَ عن أحمدَ : إذا خَلا بالمرأةِ ، وَجَبَ الصَّدَاقُ والعِدَّةُ ، ولا يَحِلُّ له أن يتزوَّجَ أُمَّها وابْنَتَها . قال القاضى : هذا محمولٌ على أنَّه حَصَلَ مع الخَلْوةِ مُباشَرةٌ ، فيُخَرَّجُ كلامُه على إحْدَى الرِّوايتَيْنِ اللَّتَيْنِ ذكرناهما ، فأمَّا مع خُلُوِّه من ذلك ، فلا يُؤَثِّرُ فى تَحْريمِ الرَّبِيبَةِ ؛ لما فى ذلك من مُخالفةِ قولِه سبحانه : ﴿ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وقوله : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . وأمَّا الخَلْوةُ بأَجْنَبِيَّةٍ ، أو أَمَتِه ، فلا تَنْشُرُ تَحْريمًا . لا نعلمُ فى ذلك خِلافًا . وكلُّ مَن حُرِّمَ نكاحُها حُرِّمَ وَطْؤُها بمِلْكِ اليمينِ ؛ لأنَّه إذا حُرِّمَ العَقْدُ المُراد للوَطْءِ ، فالوَطْءُ أَوْلَى .

---

(٤٤) سقط من : ب .

(٤٥) فى ب : « لرجل » .

١١٥١ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ ، فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَسَدَ . وإن تَزَوَّجَهُما فِي عَقْدَيْنِ ، فَالْأُولَى زَوْجَتُهُ ، والْقَوْلُ [١]**فِيهِمَا الْقَوْلُ** [١] **فِي الْمَرْأَةِ وعَمَّتِهَا ، والْمَرْأَةِ وخَالَتِهَا)**

وجملةُ ذلك أنَّ الجمعَ بين المرأةِ وأُختِها ، أو عَمَّتِها ، أو خالَتِها ، مُحَرَّمٌ . فمتَى[٢] جَمَعَ بينهما ، فعَقَدَ عليهما معًا ، لم يَصِحَّ العَقْدُ فى واحدةٍ منهما ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَصْحِيحُه فيهما ، ولا مَزِيَّةَ لإحْداهما على الأُخْرَى ، فيَبْطُلُ فيهما ، كما لو زُوِّجَتِ المرأةُ لِرَجُلَيْنِ . وهكذا لو تزوَّجَ خَمْسًا فى عَقْدٍ واحِدٍ ، بَطَلَ فى الجميعِ لذلك . وإن تزوَّجَهُما فى عَقْدَينِ ، فنِكاحُ الأُولَى صَحِيحٌ ؛ لأنَّه لا جَمْعَ فيه ، / ونِكاحُ الثانيةِ باطِلٌ ؛ لأنَّ الجمعَ يَحْصُلُ به ، فبالعَقْدِ[٣] على الأُولَى تُحَرَّمُ الثانيةُ ، ولا يَصِحُّ عَقْدُه عليها حتى تَبِينَ الأُولَى منه ، ويَزُولَ نِكاحُها وعِدَّتُها . ٦٠/٧و

فصل : فإن تَزَوَّجَهُما فى عَقْدَيْنِ ، ولم يَدْرِ أُولَاهُما ، فعليه فُرْقَتُهما معا . قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ تزوَّجَ أُخْتَيْنِ ، لا يَدْرِى أيَّتُهما تزوَّجَ أولا : نُفَرِّقُ بينه وبينهما . وذلك لأنَّ إحْداهُما مُحَرَّمةٌ عليه ، ونِكاحُها باطِلٌ ، ولا نَعْرِفُ المُحَلَّلَةَ له ، فقد اشْتَبَهَتا عليه ، ونِكاحُ إحداهما صحيحٌ[٤] ، ولا تَتَيَقَّن بَيْنُونَتُها منه إلَّا بطَلَاقِهما جميعًا ، أو فَسْخِ نِكَاحِهِما ، فوَجَبَ ذلك ، كما لو زَوَّجَ الوَلِيَّانِ ، ولم يُعْرَفِ الأوَّلُ منهما . وإن أحَبَّ أن يُفارِقَ إحداهما ، ثم يُجَدِّدَ عَقْدَ الأُخْرَى ويُمْسِكَها ، فلا بأسَ ، وسواءٌ فَعَلَ ذلك بقُرْعةٍ أو بغيرِ قرعةٍ ، ولا يَخْلُو من ثلاثةِ أقسامٍ ؛ أحدها ، أن لا يكونَ دَخَلَ بواحدةٍ منهما ، فله أن يَعْقِدَ على إحداهما فى الحالِ بعدَ فِرَاقِ الأُخْرَى . الثانى ، إذا دَخَلَ بإحداهما ، فإن أراد

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى ا ، ب ، م : « فمن » .

(٣) فى ب : « والعقد » .

(٤) فى م : « يصح » .

نِكاحَها ، فارَقَ التى لم يُصِبْها بطَلْقةٍ[5] ، ثم تَرَكَ المُصابةَ حتى تَنْقَضِىَ[6] عِدَّتُها ، ثم نَكَحَها ؛ لأنَّنا لا نَأْمَنُ أن تكونَ هى الثانيةَ ، فيكونَ قد أصابَها فى نِكاحٍ فاسِدٍ ، فلهذا اعْتَبَرْنا انْقِضاءَ عِدَّتِها ، ويَحْتَمِلُ أن يجوزَ له العَقْدُ عليها فى الحالِ ؛ لأنَّ النَّسَبَ لاحِقٌ به ، ولا يُصانُ ذلك عن مائِه . وإن أحَبَّ نِكاحَ الأُخْرَى ، فارَقَ المُصابةَ بطَلْقةٍ ، ثم انْتَظَرها حتى تَنْقَضِىَ[6] عِدَّتُها ، ثم تَزَوَّجَ أُخْتَها . القسم الثالث ، إذا دَخَلَ بهما ، فليس له نِكاحُ واحدةٍ منهما حتى يُفارِقَ الأُخْرَى ، وتَنْقَضِىَ عِدَّتُها من حينِ فُرْقَتِها ، وتَنْقَضِى عِدَّةُ الأُخْرَى من حينَ أصابَها . وإن وَلَدَتْ منه إحداهما ، أو هما جميعًا ، فالنَّسَبُ لَاحِقٌ به ؛ لأنَّه إمَّا من نِكاحٍ صحيحٍ أو نكاحٍ فاسدٍ ، وكلاهما يَلْحَقُ النَّسَبُ فيه . وإن لم يُرِدْ نِكاحَ واحدةٍ منهما ، فارَقَهُما بطَلْقةٍ طَلْقةٍ .

فصل : فأمَّا المَهْرُ ، فإن لم يَدْخُلْ بواحِدَةٍ منهما ، فلإِحْدَاهما نِصْفُ المَهْرِ ، ولا نَعْلَمُ مَنْ يَسْتَحِقُّه منهما ، فيَصْطَلِحانِ عليه ، فإن لم يَفْعَلَا ، أُقْرِعَ بينهما ، فكان لمن خَرَجَتْ قُرْعَتُها مع يَمِينِها . وقال أبو بكرٍ : اخْتِيارِى أن يَسْقُطَ المَهْرُ إذا كان مُجْبَرًا على الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ . وإن دَخَلَ بواحدةٍ منهما أُقْرِعَ بينهما ، فإن وَقَعَتْ لغيرِ المُصابةِ ، فلها نِصْفُ المَهْرِ ، ولِلْمُصابةِ مَهْرُ المِثْلِ بما اسْتَحَلَّ من فَرْجِها ، وإن وَقَعَتْ على المُصابةِ ، فلا شىءَ للأُخْرَى ، وللمصابةِ المُسَمَّى جَمِيعُه . وإن أصابَهُما معًا ، فلإِحْداهما المُسَمَّى ، وللأُخْرَى / مَهْرُ المِثْلِ ، يُقْرَعُ بينهما فيه ، إن قُلْنا : إنَّ الواجِبَ فى النِّكاحِ الفاسدِ مَهْرُ المِثْلِ . وإن قُلْنا بوُجوبِ المُسَمَّى فيه ، وَجَبَ هٰهُنا لكلِّ واحدةٍ[7] منهما . ٧/٦٠ظ

فصل : قال أحمدُ : إذا تَزَوَّجَ امرأةً ، ثم تزوَّجَ أُخْتَها ، ودَخَلَ بها ، اعْتَزَلَ زَوْجَتَه

---

(٥) فى الأصل ، ا : « فطلق » .

(٦) فى ا : « تقضى » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « واحد » .

حتى تَنْقَضِيَ عِدّةُ الثّانيةِ . إنَّما كان كذلك ؛ لأنَّه لو أرادَ العَقْدَ على أُخْتِها فى الحالِ ، لم يَجُزْ له حتى تَنْقَضِيَ عِدَّةُ المَوْطُوءةِ ، كذلك لا يجوزُ الوَطْءُ لِامْرأتِه ، حتى تنقضيَ عِدّةُ أُخْتِها التى أصَابَها .

١١٥٢ – مسألة ؛ قال : (**وإنْ تَزَوَّجَ أُخْتَهُ مِنَ الرَّضَاعِ وأَجْنَبِيَّةً فِى عَقْدٍ وَاحِدٍ ، ثَبَتَ نِكَاحُ الْأَجْنَبِيَّةِ**)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا عَقَدَ النِّكاحَ على أُخْتِه وأجْنَبِيَّةٍ مَعًا ، بأن يكونَ لرَجُلٍ أُخْتٌ وابنةُ عَمٍّ ، إحداهُما رَضِيعةُ المتزَوِّجِ ، فيقولَ له : زَوَّجْتُكَهُما معًا[1] . فيَقْبَلُ ذلك ؛ فالمنصوصُ هُنا صِحّةُ نِكاحِ الأجْنَبِيَّةِ . ونَصَّ فى مَن تزوَّجَ حُرّةً وأمَةً ، على أنَّه يَثْبُتُ نِكاحُ الْحُرَّةِ ، ويُفارِقُ الأمَةَ . وقيل : فيه روَايتان ؛ إحداهما ، يَفْسُدُ فيهما ، وهو أحدُ قَوْلَيِ الشافعيِّ ، واختيارُ أبى بكرٍ ؛ لأنَّها لَفْظَةٌ واحدةٌ ، جَمَعَتْ حَلَالًا وحَرامًا ، فلم يَصِحَّ ، كما لو جَمَعَ بين أُخْتَيْنِ[2] . والثانية ، يَصِحُّ فى الحُرَّةِ . وهى أظْهَرُ الرِّوايتَيْنِ . وهذا قولُ مالكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّها مَحَلٌّ قابلٌ للنِّكاحِ ، أُضِيفَ إليها عَقْدٌ صادِرٌ مِن[3] أهْلِه ، لم يجتمِعْ معها فيه مِثْلُها ، فصَحَّ ، كما لو انْفَرَدتْ به ، وفارَقَ[4] العقدَ على الأُخْتَيْنِ ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لِإحداهما على الأُخْرَى ، وهٰهُنا قد تَعَيَّنَت التى بَطَلَ النكاحُ فيها ، فعلَى هذا القولِ يكونُ لها من المُسَمَّى بقِسْطِ مَهْرِ مِثْلِها منه . وفيه وَجْهٌ آخرُ ، أنَّ لها نِصْفَ المُسَمَّى . وأصْلُ هٰذين الوَجْهَيْنِ ، إذا تزوَّجَ امرأتَيْنِ ، يجوزُ له نِكاحُهُما بمَهْرٍ واحِدٍ ، هل يكون بينهما على قَدْرِ صَدَاقِهِما[5] ، أو نِصْفَيْنِ ؟ على وَجْهَيْن ، يأتى ذكرُهما إن شاء الله تعالى .

---

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) فى ب : « الأختين » .

(٣) فى م : « عن » .

(٤) فى الأصل : « ويفارق » .

(٥) فى الأصل : « صداقيهما » .

فصل : ولو تزوَّجَ يَهُوديَّةً ومَجُوسِيَّةً ، أو مُحَلَّلةً ومُحَرَّمةً ، فى عقدٍ واحدٍ ، فَسَدَ فى الْمَجُوسِيَّةِ والمُحَرَّمةِ ، وفى الأُخْرَى وَجْهان . وإن نَكَحَ أَرْبَعَ حَرائِرَ وأَمَةً ، فَسَدَ فى الأَمَةِ ، وفى الحَرائِرِ وَجْهان . وإن نَكَحَ العَبْدُ حُرَّتَيْنِ وأمةً ، بَطَلَ نِكاحُ الجميعِ . وإن تزوَّجَ امرأةً وابْنَتَها ، فَسَدَ فيهما[٦] ؛ لأَنَّ الجَمْعَ بينهما مُحَرَّمٌ ، فلم يَصِحَّ فيهما ، كالأُخْتَيْنِ .

٧/٦١و **١١٥٣ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَى أُخْتَيْنِ / ، فَأَصَابَ إِحْدَاهُمَا ، لَمْ يُصِبِ الْأُخْرَى حَتَّى تُحَرَّمَ الْأُولَى بِبَيْعٍ أَوْ نِكَاحٍ أو هِبَةٍ ، وَمَا أَشْبَهَه ، ويَعْلَمَ أَنَّها لَيْسَتْ بِحَامِلٍ ، فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مِلْكِهِ ، لَمْ يُصِبْ وَاحِدَةً مِنْهُما ، حَتَّى تُحَرَّمَ عَلَيْهِ[١] الْأُولَى[٢])**

الكلام فى هذه المسألة فى فُصولٍ سِتَّةٍ :

الفصل الأَوَّل : أنَّه يجوزُ الجمعُ بين الأُخْتَيْنِ فى المِلْكِ . بغيرِ خِلافٍ بين أهلِ العلمِ . وكذلك بينها وبين عَمَّتِها وخالَتِها . ولو اشْتَرَى جاريةً ، فوَطِئَها ، حَلَّ له شِراءُ أخْتِها وعَمَّتِها وخالَتِها ؛ لأَنَّ المِلْكَ يُقْصَدُ به التَّمَوُّلُ دُونَ الاسْتِمْتاعِ ، وكذلك حَلَّ له شِراءُ الْمَجُوسِيَّةِ ، والوَثَنِيَّةِ ، والمُعْتَدَّةِ ، والمُزَوَّجةِ ، والمُحَرَّماتِ عليه بالرَّضاعِ وبالمُصاهرةِ[٣] .

الفصل الثانى : أنَّه لا يجوزُ الجمعُ بين الأُخْتَيْنِ من إمائِه فى الوَطْءِ . نَصَّ عليه أحمدُ[٤] ، فى رِوايةِ الجماعةِ . وكَرِهَه عمرُ ، وعثمانُ ، وعلىٌّ ، وعَمّارٌ ، وابنُ عمرَ ، وابنُ

---

(٦) سقط من : ب .

(١) سقط من : الأصل ، ا .

(٢) فى الأصل : « الأخرى » .

(٣) فى ب ، م : « والمصاهرة » .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

مسعودٍ . وممَّن قال بتَحْريمه ؛ (٥عبيدُ الله بن٥) عبدِ الله بن عُتْبَةَ ، وجابرُ بن زيدٍ ، وطاوُسٌ ، ومالكٌ ، والأوْزَاعيُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . ورُوِيَ عن ابن عباسٍ ، أنَّه قال : أحَلَّتْهُما آيةٌ ، وحَرَّمَتْهُما آيةٌ ، ولم أكُنْ لأفْعلَه . ويُرْوَى ذلك[٦] عن عليٍّ أيضًا[٧] . يُرِيدُ بالمُحَرِّمةِ قولَه تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾[٨] . وبالْمُحَلِّلَةِ قولَه تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾[٩] . وقد رَوَى ابنُ منصورٍ ، عن أحمدَ ، وسألَه عن الجَمْعِ بين الأُخْتينِ المَمْلُوكتَيْنِ ، أحَرَامٌ هو ؟ قال : لا أقولُ حرامٌ ، ولكنْ نَنْهَى عنه . وظاهرُ هذا أنَّه مَكْرُوهٌ غيرُ مُحَرَّمٍ . وقال داودُ ، وأهلُ الظاهرِ : لا يُحَرَّمُ . اسْتِدْلالًا بالآية المُحَلِّلةِ ؛ لأنَّ حُكْمَ الحرائرِ فى الوَطْءِ مُخالِفٌ لحُكْمِ الإمَاءِ ، ولهذا تَحْرُمُ الزيادةُ على أرْبَعٍ فى الحرائر ، وتُباحُ فى الإمَاءِ بغيرِ حَصْرٍ ، والمذهبُ تَحْرِيمُه ؛ للآيةِ المُحَرِّمَةِ ، فإنَّه يريدُ بها الوَطْءَ والعَقْدَ جميعًا ، بدليلِ أنَّ سائرَ المذْكوراتِ فى الآية يُحَرَّمُ وَطْؤُهُنَّ والعقدُ عليهنَّ ، وآيةُ الحِلِّ مَخْصُوصةٌ بالمُحَرَّماتِ جميعِهِنَّ ، وهذه مِنْهُنَّ ، ولأنَّها امرأةٌ صارت فِرَاشًا ، فحُرِّمَتْ أُخْتُها كالزَّوْجةِ .

الفصل الثالث : أنَّه إذا كان فى مِلْكِه أُخْتان ، فله وَطْءُ إحْداهما ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ . وقال الحَكَمُ ، وحَمَّادٌ : لا يَقْرَبُ واحدةً منهما . ورُوِيَ ذلك عن النَّخَعِيِّ . وذكَره أبو الخَطَّابِ مَذْهَبًا لأحْمدَ . ولَنا ، أنَّه ليس يَجْمَعُ بينهما فى الفِرَاشِ ، فلم يُحَرَّمْ ، كما لو كان فى مِلْكِه إحداهما فقط .

(٥ – ٥) سقط من : الأصل ، ب .

وهو عبيد الله بن عبد الله بن عتبة الهذلى ، أحد الفقهاء السبعة بالمدينة ، توفى سنة ثمان وتسعين . طبقات الفقهاء . للشيرازى ٦٠ ، العبر ١ / ١١٦ .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) أثرا ابن عباس وعلى أخرجهما البيهقى ، فى : باب ما جاء فى تحريم الجمع بين الأختين ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٤ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل له أمتان أختان يطؤهما ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٩٦ ، ٣٩٧ .

(٨) سورة النساء ٢٣ .

(٩) سورة المؤمنون ٦ .

الفصل الرابع : أنَّه إذا وَطِئَ إحداهما ، فليس له وَطْءُ الأُخْرَى قبلَ تَحْريمِ المَوْطوءةِ على نَفْسِه ، بإخْراجٍ عن مِلْكِه أو تَزْويجٍ . هذا قولُ عليٍّ ، وابنِ عمرَ ، / والحسنِ ، والأَوْزَاعِيِّ ، وإسحاقَ ، والشافعيِّ . فإن رَهَنَها ، لم تَحِلَّ له أُخْتُها ؛ لأنَّ مَنْعَه من وَطْئِها لِحَقِّ المُرْتَهِنِ لا لِتَحْرِيمِها ، ولهذا يَحِلُّ له بإِذْنِ المُرْتَهِنِ فى وَطْئِها ، ولأنَّه يَقْدِرُ على فَكِّها متى شاء واسْتِرْجاعِها إليه . وقال قتادةُ : إن اسْتَبْرَأها ، حَلَّتْ له أُخْتُها ؛ لأنَّه قد زالَ[10] فِراشُه ، ولهذا لو أتَتْ بوَلَدٍ ، فنَفَاه بِدَعْوَى الاسْتِبْراءِ انْتَفَى ، فأَشْبَهَ مالو زَوَّجَها . ولَنا ، قولُ عليٍّ ، وابنِ عمرَ ، ولأنَّه لم يَزُلْ مِلْكُه عنها ، ولا حِلُّها له ، فأَشْبَهَ مالو وُطِئَتْ بشُبْهةٍ فاسْتَبْرأها من ذلك الوَطْءِ ، ولأنَّ ذلك لا يَمْنَعُه وَطْأَها ، فلا يَأْمَنُ عَوْدَه إليها ، فيكونُ ذلك ذَرِيعةً إلى الجَمْعِ بينهما . وإن حَرَّمَ إحداهما على نَفْسِه ، لم تُبَحِ الأُخْرَى ؛ لأنَّ هذا لا يُحَرِّمُها ، إنَّما هو يَمِينٌ يُكَفِّرُ ، ولو كان يُحَرِّمُها إلَّا أنَّه لِعَارِضٍ[11] ، متى شاء أزَالَه بالكَفَّارةِ ، فهو كالحَيْضِ والنِّفَاسِ والإِحْرامِ والصِّيامِ . وإن كاتَبَ إحداهما ، فظاهِرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ أنَّه لا تَحِلُّ له الأُخْرَى . وقال أصحابُ الشافعيِّ : تَحِلُّ له الأُخْرَى ؛ لأنَّها حُرِّمَتْ عليه بسَبَبٍ لا يَقْدِرُ على رَفْعِه ، فأَشْبَهَ التَّزْويجَ . ولَنا ، أنَّه بسَبِيلٍ من اسْتِباحَتِها بمالا يَقِفُ على غيرِهما ، فلم تُبَحْ له أُخْتُها ، كالمَرْهُونةِ .

٦١/٧ ظ

الفصل الخامس : أنَّه إذا أَخْرَجَها من مِلْكِه ، لم تَحِلَّ له أختُها ، حتى يَسْتَبْرِئَ المُخْرَجةَ ، ويعلمَ براءَتَها من الحَمْلِ . ومتى كانت حامِلًا منه ، لم تَحِلَّ له أُخْتُها حتى تَضَعَ حَمْلَها ؛ لأنَّه يكونُ جامِعًا ماءَه فى رَحِمِ أُخْتَيْنِ ، بمَنْزِلةِ نِكاحِ الأُخْتِ فى عِدَّةِ أُخْتِها .

فصل : فإن وَطِئَ أَمَتَيْه الأُخْتَيْنِ معًا ، فوَطْءُ الثانيةِ مُحَرَّمٌ ، ولا حَدَّ فيه ، لأنَّ وَطْأَهُ

---

(١٠) فى ا : « أزال » .

(١١) فى ا : « بعارض » .

فى مِلْكِه ، ولأنّه[١٢] مُخْتَلَفٌ فى حُكْمِها ، وله سَبِيلٌ إلى اسْتِباحَتِها ، بخلافِ أُخْتِه من الرَّضاعِ المَمْلُوكةِ له . ولا يَحِلُّ له[١٣] وَطْءُ إحداهما حتى يُحَرِّمَ الأخرى ويَسْتَبْرِئَها . وقال القاضى ، وأصحابُ الشافعىِّ : الأُولَى باقيةٌ على الحِلِّ ؛ لأنَّ الوَطْءَ الحرامَ لا يُحَرِّمُ[١٤] الحلالَ . إلَّا أنَّ القاضىَ قال : لا يَطَؤُها حتى يسْتَبْرِئَ الثانيةَ . ولَنا ، أنَّ الثانيةَ قد صارَتْ فِراشًا له يَلْحَقُه نسَبُ[١٥] وَلَدِها[١٦] ، فحُرِّمَتْ عليه أُخْتُها ، كما لو وَطِئَها ابْتِداءً . وقولهم : إن الحَرَامَ لا يُحَرِّمُ الحلالَ . ليس بخَبَرٍ[١٧] صحيحٍ ، وهو مَتْرُوكٌ بما لو وَطِئَ الأُولَى فى حَيْضٍ أو نِفاسٍ أو إحْرامٍ ، حُرِّمَتْ عليه أُخْتُها ، وتُحَرَّمُ عليه أُمُّها وابْنَتُها على التَّأْبِيدِ ، وكذلك لو وَطِئَ امرأةً[١٨] بشُبْهةٍ فى هذه الحالِ . ولو وَطِئَ امرأةً[١٩] حُرِّمَتْ عليه ابْنَتُها ، سواءٌ وَطِئَها حَرَامًا / أو حَلَالًا .

٦٢/٧ و

الفصل السادس : أنَّه متى زال مِلْكُه عن المَوْطوءةِ زَوَالًا أُحَلَّ له أُخْتَها ، فوَطِئَها ، ثم عادت الأُولَى إلى مِلْكِه ، فليس له وَطْءُ إحداهما حتى تُحَرَّمَ الأُخْرَى ، بإخْراجٍ عن مِلْكِه أو تزويجٍ . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يُحَرَّمُ عليه واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ الأُولَى لم تَبْقَ فِراشًا ، فأَشْبَهَ ما لو وَطِئَ أَمَةً ثم اشْتَرى أُخْتَها . ولَنا ، أنَّ هذه صارت فِرَاشًا ، وقد رَجَعَتْ إليه التى كانت فِرَاشًا ، فحُرِّمَتْ عليه[١٧] كلُّ واحدةٍ منهما تكونُ أُخْتُها فِرَاشًا ، كما لو انْفَرَدَتْ به . فأمَّا إن اسْتَفْرَشَ أَمَةً[٢٠] ثم اشْتَرَى[٢٠] أُخْتَها ، فإنَّ

---

(١٢) فى ا ، م : « ولأنها » .

(١٣) سقط من : ا .

(١٤) فى الأصل : « يحل » .

(١٥) فى ا ، م : « نصب » .

(١٦) سقط من : الأصل ، ب .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) فى الأصل : « أمة » .

(١٩) فى الأصل ، ا ، ب : « امرأته » .

(٢٠ – ٢٠) فى ا ، ب ، م : « واشترى » .

المُشْتَراةَ لم تكُنْ فِرَاشًا له ، لكنْ[21] هى مُحَرَّمةٌ عليه باسْتِفْراشِ[22] أُخْتِها . ولو أَخْرَجَ المَوْطوءةَ عن مِلْكِه ، ثم عادت إليه قبلَ وَطْءِ أُخْتِها ، فهى حَلَالٌ له ، وأُخْتُها مُحَرَّمةٌ عليه ؛ لأنَّ أخْتَها فِرَاشُه .

فصل : وحكمُ المُباشَرةِ من الإمَاءِ فيما دُونَ الفَرْجِ ، والنَّظَرِ إلى الفَرْجِ بِشَهْوةٍ ، فيما يَرْجِعُ إلى تَحْرِيمِ الأُخْتِ ، كحُكْمِه فى تحريمِ الرَّبيبَةِ . والصحيحُ أنَّه لا يُحَرِّمُ ؛ لأنَّ الحِلَّ ثابتٌ بقوله : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[23] . ومخالَفةُ ذلك إنَّما ثَبَتَتْ بقوله : ﴿ وأَنْ تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾[24] . والمرادُ به الجَمْعُ فى العَقْدِ أو الوطءِ ، ولم يُوجَدْ واحدٌ منهما ، ولا ما فى معناهما .

فصل : وإن وَطِئَ أَمَتَه ، ثم أراد نِكاحَ أُخْتِها ، فقد سُئِلَ أحمدُ عن هذا ، فقال : لا يَجْمَعُ بين الأُخْتَيْنِ الأَمَتَيْنِ . فيَحْتَمِلُ أنَّه أراد أنَّ النِّكاحَ لا يَصِحُّ . وهى إحْدَى الرِّواياتِ عن مالكٍ . قال القاضى : هو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّ النِّكاحَ تَصِيرُ به المرأةُ فِرَاشًا ، فلم يَجُزْ أن تَرِدَ على فِرَاشِ الأُخْتِ ، كالوَطْءِ ، ولأنَّه فِعْلٌ فى الأُخْتِ[25] يُنَافِى إباحةَ أُخْتِها المُفْتَرَشةِ ، فلم يَجُزْ ، كالوَطْءِ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ النِّكاحُ ، ولا تُباحُ المَنْكُوحةُ حتى تُحَرَّمَ أُخْتُها . وهو مذهبُ أبى حنيفةَ . قال أبو الخَطَّابِ : وهو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّه سَبَبٌ يُسْتَباحُ به الوَطْءُ ، فجاز أن يَرِدَ على وَطْءِ الأُخْتِ ، ولا يُبِيحُ كالشِّرَاءِ . وقال الشافعىُّ : يَصِحُّ النِّكاحُ ، وتَحِلُّ له المَنْكوحةُ ، وتُحَرَّمُ[26] أُخْتُها ؛ لأنَّ النِّكاحَ أقْوَى من الوَطْءِ بمِلْكِ اليَمِينِ ، فإذا اجْتَمَعا وَجَبَ تقديمُ الأَقْوَى . ووَجْهُ الأَوَّلِ ما ذكرْنا ،

---

(21) فى م : « بل » .

(22) فى م : « بافتراش » .

(23) سورة النساء 3 .

(24) سورة النساء 23 .

(25) فى م زيادة : « ما » .

(26) فى ا زيادة : « عليه » .

ولأنَّ وَطْءَ مَمْلُوكَتِه مَعْنًى يُحَرِّمُ أخْتَها لِعِلَّةِ الجمْعِ ، فمَنَعَ صِحَّةَ نِكَاحِها كالزَّوْجيّةِ ، ويفارِقُ الشِّرَاءَ ، فإنَّه لا يُقْصَدُ به الوَطْءُ ، ولهذا صَحَّ شِراءُ الأُخْتَيْنِ ، ومن لا يَحِلُّ له .

٦٢/٧ظ وقولهم : النكاحُ أقوَى[27] من الوَطْءِ [28] بمِلْكِ اليَمِينِ.[28] . / ممنوعٌ . وإن سُلِّمَ ، فالوَطْءُ أسْبَقُ ، فيُقَدَّمُ ويَمْنَعُ صِحَّةَ ما يَطْرَأُ عليه ممَّا يُنافِيه[29] ، كالعِدَّةِ تَمْنَعُ ابْتِداءَ نِكاحِ الأُخْتِ ، وكذلك وَطْءُ الأمَةِ يُحَرِّمُ نِكاحَ ابْنَتِها وأُمِّها ، ولأنَّ هذا بمَنْزِلةِ نِكاحِ الأُخْتِ[30] في عِدَّةِ أُخْتِها ، لكَوْنِه لم يَسْتَبْرِئِ المَوْطُوءةَ .

فصل : فإن زَوَّجَ الأَمَةَ المَوْطوءةَ ، أو أخْرَجَها عن مِلْكِه ، فله نِكاحُ أُخْتِها . وإن عادتِ الأمَةُ إلى مِلْكِه ، فالزَّوْجيَّةُ بحالِها ، وحِلُّها باقٍ ؛ لأنَّ النكاحَ صحيحٌ ، وهو أقْوَى ، ولا تَحِلُّ له الأمَةُ . وعنه أنَّه يَنْبَغِي أن تُحَرَّمَ إحداهما ؛ لأنَّ أمَتَه التي كانت فِراشًا قد عادت إليه ، والمنكوحةُ مُسْتَفْرَشةٌ ، فأشْبَهَ أمَتَيْه التي وَطِئَ إحداهما بعدَ تَزْويجِ الأُخْرَى ، ثم طَلَّقَ الزوجُ أُخْتَها . وإن تزَوَّجَ امرأةً ، ثم اشْتَرَى أُخْتَها ، صَحَّ الشِّراءُ ، ولم تَحِلَّ له ؛ لأنَّ النِّكاحَ كالوَطْءِ ، فأشْبَهَ ما لو وَطِئَ أمَتَه ثم اشْتَرَى أُخْتَها . فإن وَطِئَ أمَتَه حُرِّمَتَا[31] عليه حتى[32] يَسْتَبْرِئَ الأمَةَ ، ثم تَحِلُّ له زَوْجَتُه دون أمَتِه ؛ لأنَّ النِّكاحَ أقْوَى وأسْبَقُ ، وإنَّما وَجَبَ الاسْتِبْراءُ لئلَّا يكونَ جامِعًا لمائِه في رَحِمِ أُخْتَينِ . ويَحْتَمِلُ أن يُحَرَّمَا عليه جميعًا ، حتى تُحَرَّمَ إحداهما ، كالأمَتَيْنِ .

١١٥٤ – مسألة ؛ قال : (وعَمَّةُ الْأَمَةِ وخَالَتُها فِى ذٰلِكَ كَأُخْتِهَا)

يعنى فى تحريمِ الجَمْعِ بينهما فى الوَطْءِ ، والتَّفْصيلُ فيهما كالتَّفْصيلِ فى الأُخْتَيْنِ ، على ما ذكرنا .

---

(٢٧) فى ا : « أولى » .

(٢٨–٢٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٩) فى م : « فيه » .

(٣٠) فى الأصل : « الأجنبية » .

(٣١) فى م : « حرمت » .

(٣٢) سقط من : ا ، ب ، م .

١١٥٥ – مسألة ؛ قال : (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ مَنْ كَانَتْ زَوْجَةَ رَجُلٍ وابْنَتَهُ مِنْ غَيْرِهَا)

أكثرُ أهلِ العلمِ يَرَوْنَ الجمعَ بين المرأةِ ورَبِيبَتِها جائزًا ، لا بأسَ به ، فَعَلَه عبدُ الله بن جعفرٍ ، و(١عبد الله بن١) صَفْوانَ بن أُمَيَّةَ . وبه قال سائرُ الفقهاءِ ، إلَّا الحسنَ ، وعِكْرِمَةَ ، وابنَ أبي لَيْلَى . رُوِيتْ(٢) عنهم كَرَاهَتُه(٣) ؛ لأنَّ إحداهما لو كانت ذكرًا حُرِّمَتْ عليه الأُخْرَى ، فأشْبَهَ المرأةَ وعَمَّتَها . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ ﴾(٤) . ولأنَّهما (٥لا قَرابةَ بينهما ، فأشْبَهتا الأَجْنَبِيَّتَيْنِ ، ولأنَّ الجمعَ حُرِّمَ خوْفًا من قَطِيعةِ الرَّحِمِ القَرِيبةِ بين المُتناسِبَتَيْنِ٥) ، ولا قرابةَ بين هاتَيْنِ ، وبهذا يُفارِقُ ما ذكرُوه .

فصل : ولو كان للرجلِ(٦) ابنٌ من غيرِ زَوْجَتِه ، ولها بِنْتٌ من غيرِه ، أو كان له بِنْتٌ ولها ابنٌ ، جاز تزويجُ أحَدِهما من الآخرِ . في قولِ عامَّةِ(٧) الفقهاءِ . وحُكِيَ عن طاوُسٍ كَرَاهِيَتُه إذا كان ممَّا وَلَدَتْه المرأةُ بعدَ وَطْءِ الزَّوْجِ لها . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لعمومِ الآية ، والمعنى الذي ذكرْناه ، فإنَّه ليس بينهما نَسَبٌ ولا / سَبَبٌ يَقْتَضِي التحريمَ ، وكونُه أخًا لأُخْتِها ، لم يَرِدِ الشَّرْعُ بأنَّه سَبَبٌ للتَّحْرِيمِ ، فيَبْقَى(٨) على الإباحةِ ؛ لِعمومِ الآية . ومتى وَلَدَتِ المرأةُ من ذلك الرجلِ ولَدًا ، صار عَمًّا لولَدِ وَلَدَيْهما وخالًا .

٦٣/٧ و

فصل : وإن تزوَّجَ امرأةً لم تُحَرَّمْ أُمُّها ولا ابْنَتُها على أبيه ولا ابْنِه ، فمتى تزوَّجَ امرأةً

(١ – ١) سقط من : م . وهو الجمحى ، قتل مع عبد الله بن الزبير سنة ثلاث وسبعين . العبر ١ / ٨٢ .

(٢) فى الأصل : « روى » .

(٣) فى م : « كراهيته » .

(٤) سورة النساء ٢٤ .

(٥ – ٥) سقط من : ب .

(٦) فى م : « الرجل » .

(٧) فى الأصل : « أكثر » .

(٨) فى ا ، م : « فبقى » .

وزَوَّجَ ابْنَه أُمَّها ، جاز ؛ لعَدَمِ أسْبابِ التحريم . فإذا وُلِدَ لكلِّ واحدٍ منهما وَلَدٌ ، كان وَلَدُ الابنِ خالَ ولدِ الأبِ ، ووَلَدُ الأبِ عَمَّ وَلَدِ الابْنِ . ويُرْوَى أنَّ رَجُلًا أتَى عبدَ الملكِ بن مَرْوانَ ، فقال : يا أميرَ المؤمنين ، إنِّى تزوَّجْتُ امرأةً ، وزَوَّجْتُ ابْنِى بأُمِّها ، فأجِزْنا[9] . فقال عبدُ الملك : إن أخْبَرْتَنِى بقَرابةِ وَلَدِك من وَلَدِ ابْنِكَ أجَزْتُك[10] . فقال الرجلُ : يا أميرَ المؤمنين ، هذا العُرْيانُ بن الهَيْثَمِ الذى وَلَّيْتَه قائمٌ كسَيْفِكَ[11] ، إن عَلِمَ ذلك فلا تُجِزْنِى[12] . فقال العُرْيانُ : أحدُهما عَمُّ الآخَرِ ، والآخَرُ خالُه .

فصل : وإذا تزوَّجَ رجلٌ بامْرأةٍ ، وزَوَّجَ ابْنَه بِنْتَها أو أُمَّها ، فزُفَّتِ امرأةُ كلِّ واحدٍ منهما إلى صاحِبه ، فوَطِئَها ، فإنَّ وَطْءَ الأوَّلِ يُوجِبُ عليه مَهْرَ مِثْلِها ؛ لأنَّه وَطْءُ شُبْهةٍ ، ويُفْسَخُ به[13] نِكاحُها من زَوْجِها ؛ لأنَّها صارتْ بالوطءِ حَليلةَ ابْنِه أو أبِيه ، ويَسْقُطُ[14] به مَهْرُ الموطوءةِ عن زَوْجِها ؛ لأنَّ الفَسْخَ جاء من قِبَلِها ، بتَمْكِينِها من وَطْئِها ، ومُطَاوَعَتِها عليه ، ولا شىءَ لزَوْجِها على الواطئِ ؛ لأنَّه لم يَلْزَمْهُ شىءٌ يَرْجِعُ به ، ولأنَّ المرأةَ مُشَارِكَةٌ فى إفْسادِ نِكاحِها بالمُطاوَعةِ ، فلم يَجِبْ على زَوْجِها شىءٌ ، كما لو انْفَرَدَتْ به . ويَحْتَمِلُ أن يَلْزَمَه لزَوْجِها نِصْفُ مَهْرِ مِثْلِها ؛ لأنَّه أفْسَدَ نِكاحَها قبلَ الدُّخولِ ، أشْبَهَ المرأةَ تُفْسِدُ نِكاحَه بالرَّضاعِ . ويَنْفَسِخُ نِكاحُ الواطئِ أيضا ؛ لأنَّ امْرأتَه صارت أُمًّا لمَوْطوءَتِه أو بِنْتًا لها ، ولها نِصْفُ المُسَمَّى . فأمَّا وَطْءُ الثانى ، فيُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ للموطوءةِ[13] خاصَّةً . فإن أشْكَلَ الأوَّلُ ، انْفَسَخَ النِّكاحانِ ، ولكلِّ واحدةٍ مَهْرُ مِثْلِها على واطِئِها ، ولا يَثْبُتُ رُجوعُ أحدِهما على الآخَرِ ، ويَجِبُ لِامْرأةِ كلِّ واحدٍ منهما على الآخَرِ نِصْفُ المُسَمَّى ، ولا يَسْقُطُ بالشَّكِّ .

(9) فى ا ، ب ، م : « فأخبرنا » . وأجازه : أعطاه جائزة .

(10) فى ا ، ب ، م : « أخبرتك » .

(11) فى ا ، ب ، م : « سيفك » .

(12) فى ب ، م : « تخبرنى » .

(13) سقط من : الأصل .

(14) فى الأصل : « وسقط » .

١١٥٦ – مسألة ؛ قال : (وحَرَائِرُ نِسَاءِ أَهْلِ الْكِتَابِ وذَبائِحُهُمْ حَلَالٌ[١] لِلْمُسْلِمينَ)

ليس بين أهلِ العلمِ ، بحمدِ الله ، اختلافٌ فى حِلِّ حَرائِرِ نِساءِ أهلِ الكِتابِ . ومِمَّن رُوِىَ عنه ذلك عمرُ ، وعثمانُ ، وطَلْحةُ ، وحُذَيفةُ ، وسَلْمانُ ، وجابرٌ ، وغيرُهم . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : ولا يَصِحُّ عن أحدٍ من الأوائلِ أنَّه حَرَّمَ ذلك . ورَوَى / الخَلَّالُ ، بإسْنادِه ، أنَّ حُذَيفةَ ، وطلحةَ[٢] ، والْجارودَ بن المُعَلَّى ، وأُذَيْنةَ العَبْدِىَّ ، تَزَوَّجُوا نِساءً من أهْلِ الكتابِ[٢] . وبه قال سائرُ أهلِ العلمِ . وحَرَّمَتْه الإمامِيَّةُ ، تَمَسُّكًا بقولِه تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾[٣] ، ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾[٤] . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[٥] . وإجماعُ الصَّحابةِ ، فأمَّا قولُه سبحانه : ﴿ وَلَا تَنْكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَاتِ ﴾ . فرُوِىَ عن ابنِ عباسٍ أنَّها نُسِخَتْ بالآية التى فى سورةِ المائدةِ . وكذلك يَنْبَغِى أن يكونَ ذلك فى الآيةِ الأُخْرَى ؛ لأنَّهما مُتَقَدِّمتانِ[٦] ، والآيةُ التى فى أوَّلِ[٧] المائدةِ متأخِّرةٌ عنهما . وقال آخرون : ليس هذا نَسْخًا ، فإن لَفْظَةَ[٨] المُشْرِكِينَ بإطْلاقِها[٩] لا تَتَناوَلُ أَهْلَ الكِتابِ ، بدليلِ قولِه

٦٣/٧ ظ

---

(١) فى م : « حلائل » .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب نكاح نساء أهل الكتاب ، من كتاب أهل الكتاب ، ومن كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٧٨ ، ٧٩ ، ٧ / ١٧٦ ، ١٧٧ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من رخص فى نكاح نساء أهل الكتاب ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٥٨ . وسعيد بن منصور ، فى : باب نكاح اليهودية والنصرانية . السنن ١ / ١٩٣ ، ١٩٤ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى تحريم حلائل أهل الشرك ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٧٢ .

(٣) سورة البقرة ٢٢١ .

(٤) سورة الممتحنة ١٠ .

(٥) سورة المائدة ٥ .

(٦) فى الأصل زيادة : « متفقتان » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « آخر » .

(٨) فى ا ، م : « لفظ » .

(٩) فى م : « بإطلاق » .

سبحانه : ﴿ لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَابِ وَٱلْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ ﴾[١٠] . وقال : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَابِ وَٱلْمُشْرِكِينَ ﴾[١١] . وقال : ﴿ لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ ٱلنَّاسِ عَدَاوَةً لِّلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱلْيَهُودَ وَٱلَّذِينَ أَشْرَكُواْ ﴾[١٢] . وقال : ﴿ مَّا يَوَدُّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَابِ وَلَا ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾[١٣] . وسائرُ آيِ القرآنِ يَفْصِلُ بينهما ، فدَلَّ على أنَّ لَفظَةَ المُشْرِكِينَ بإطْلاقِها غيرُ مُتَناوِلةٍ لأهْلِ الكِتابِ ، وهذا معنى قولِ سعيدِ بن جُبَيْرٍ ، وقَتادةَ ، ولأنَّ ما احْتَجُّوا به عامٌّ فى كلِّ كافِرةٍ ، وآيَتُنا خاصَّةٌ فى حِلِّ أهْلِ الكِتابِ ، والخاصُّ يَجِبُ تَقْدِيمُه . إذا ثَبَتَ هذا ، فالأوْلَى أن لا يتزَوَّجَ كِتابيَّةً ؛ لأنَّ عمرَ قال للذينَ تَزَوَّجُوا من نِساءِ أهلِ الكتابِ : طَلِّقُوهُنَّ . فطَلَّقُوهُنَّ إلَّا حُذَيفةَ ، فقال له عمرُ : طَلِّقْها . قال : تَشْهَدُ أنَّها حَرامٌ ؟ قال : هى جَمْرةٌ[١٤] ، طَلِّقْها . قال : تَشْهَدُ أنَّها حرامٌ ؟ قال : هى جَمرةٌ . قال : قد عَلِمْتُ أنَّها جمرةٌ ، [١٥] ولكنَّها لى [١٥] حَلالٌ . فلمَّا كان بعدُ طَلَّقَها ، فقيل له : ألَا طَلَّقْتَها حين أمَرَكَ عُمَرُ ؟ قال : كَرِهْتُ أن يَرَى الناسُ أنِّى رَكِبْتُ أمْرًا لا يَنْبَغِى لى . ولأنَّه ربَّما مالَ إليها قَلْبُه ففتَنَتْه ، وربما كان بينهما وَلَدٌ فيَمِيلُ إليها .

فصل : وأهْلُ الكِتابِ الذين هذا حُكْمُهم ، هم أهْلُ التَّوْراةِ والإنْجيلِ . قال الله تعالى : ﴿ أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَابُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا ﴾[١٦] . فأهلُ التَّوراةِ اليَهُودُ والسَّامِرَةُ ، وأهلُ الإنْجِيلِ النَّصارَى ، ومَنْ وافَقَهم فى أصْلِ دِينِهم من الإفْرَنْجِ والأَرْمَنِ وغيرِهم . وأمَّا الصَّابِئُونَ فاخْتَلَفَ فيهم السَّلَفُ كثيرًا ، فرُوِىَ عن أحمدَ أنَّهم / ٦٤/٧و

(١٠) سورة البينة ١ .
(١١) سورة البينة ٦ .
(١٢) سورة المائدة ٨٢ .
(١٣) سورة البقرة ١٠٥ .
(١٤) فى م هنا وفيما يأتى : « خمرة » .
(١٥ - ١٥) فى الأصل : « ولكن هى » .
(١٦) سورة الأنعام ١٥٦ .

جِنْسٌ من النَّصَارَى . ونَصَّ عليه الشافعيُّ ، وعَلَّقَ القولَ فيهم في موضعٍ آخَرَ . وعن أحمدَ أنَّه قال : بَلَغَنِي أنَّهم يَسْبِتُونَ . فهؤلاء إذًا يُشْبِهُونَ اليهودَ . والصحيحُ فيهم أنَّهم إن[17] كانوا يُوافِقُون النصارَى أو اليهودَ في أصلِ دِينِهم ، ويُخالِفُونَهم في فُرُوعِه ، فهم ممَّن وافَقُوه ، وإن خالَفُوهُم في أصلِ الدِّينِ ، فليس هم منهم . واللهُ أعلم . وأمَّا مَنْ سِوَى هؤلاء من الكُفَّارِ ، مثل المُتَمَسِّكِ بصُحُفِ إبراهيمَ وشِيثَ وزَبُورِ داودَ ، فَلَيْسُوا بأهلِ كِتابٍ ، ولا تَحِلُّ مُناكَحَتُهم ولا ذبائِحُهم . وهذا قولُ الشافعيِّ . وذكر القاضي فيهم وَجْهًا آخرَ ، أنَّهم من أهلِ الكتابِ ، وتَحِلُّ ذَبائِحُهم ، ونِكاحُ نِسائِهم ، ويُقَرُّونَ بالجِزْيَةِ ؛ لأنَّهم تَمَسَّكُوا بكِتابٍ من كُتُبِ اللهِ عَزَّ وجَلَّ ، فأشْبَهُوا اليهودَ والنَّصارَى . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا ﴾[18] . ولأنَّ تلك الكُتُبَ كانت مَواعِظَ وأمثالًا ، لا أحْكامَ فيها ، فلم يَثْبُتْ لها حُكْمُ الكُتُبِ المُشْتَمِلةِ على الأحْكامِ .

فصل : وليس للمَجُوسِ كِتابٌ ، ولا تَحِلُّ ذَبائِحُهم ، ولا نِكاحُ نِسائِهم . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ عامَّةِ العُلَماءِ ، إلَّا أبا ثَوْرٍ ، فإنَّه أباح ذلك ؛ لقولِ النَّبيِّ ﷺ : « سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ »[19] . ولأنَّه يُرْوَى أنَّ حُذَيفةَ تزوَّجَ مَجُوسِيَّةً . ولأنَّهم يُقَرُّونَ بالجِزْيةِ ، فأشْبَهُوا اليهودَ والنصارَى . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ ﴾[20] . وقولُه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾[21] . فرَخَّصَ من ذلك في[22] أهلِ الكِتابِ ، فمَنْ عَداهُم يَبْقَى على العُمُومِ ، ولم يَثْبُتْ أنَّ للمَجُوسِ

---

(١٧) سقط من : ب ، م .

(١٨) سورة الأنعام ١٥٦ .

(١٩) أخرجه مالك ، في : باب جزية أهل الكتاب والمجوس ، من كتاب الزكاة . الموطأ ١ / ٢٧٨ .

(٢٠) سورة البقرة ٢٢١ .

(٢١) سورة الممتحنة ١٠ .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

كِتابًا . وسُئِلَ أحمدُ ، أيَصِحُّ عن عليٍّ أنَّ للمَجُوسِ كِتابًا ؟ فقال : هذا باطِلٌ . واسْتَعْظَمَه جدًّا . ولو ثَبَتَ أنَّ لهم كِتابًا ، فقد بَيَّنَّا أنَّ حُكْمَ أَهْلِ الكِتابِ لا يَثْبُتُ لغيرِ أهلِ الكِتابَيْنِ . وقوله عليه السلام : « سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتابِ » . دَلِيلٌ على أنَّه لا كِتابَ لهم ، وإنَّما أراد به النَّبيُّ ﷺ ، في حَقْنِ دِمائِهِم ، وإقْرارِهِم بالجِزْيةِ لا غيرُ ، وذلك أنَّهم لمَّا كانت لهم شُبْهةُ كِتابٍ ، غُلِّبَ ذلك في تَحْرِيمِ دِمائِهِم ، فيَجِبُ أن يُغَلَّبَ حُكْمُ التَّحْرِيمِ لنِسائِهِم وذَبائِحِهم ، فإنَّنا[23] إذا غَلَّبْنا الشُّبْهةَ في التَّحْرِيمِ [24]فتَغْلِيبُ الدَّلِيلِ الذي عارَضَتْه الشُّبْهةُ في التَّحْرِيمِ[24] أَوْلَى ، ولم يَثْبُتْ أنَّ حذيفةَ تزوَّجَ مَجُوسِيَّةً ، وضَعَّفَ أحمدُ رِوايةَ مَنْ رَوَى عن حُذَيْفةَ أنَّه تزوَّجَ مَجُوسِيَّةً . وقال : أبو وائِلٍ يقول : تَزَوَّجَ يَهُودِيَّةً . وهو أَوْثَقُ / ممَّن رَوَى عنه أنَّه تزوَّجَ مَجُوسِيَّةً . وقال ابن سِيرِينَ : كانت امرأةُ حذيفةَ نَصْرانِيَّةً . ومع تَعارُضِ الرِّواياتِ لا يَثْبُتُ حكمُ إحْداهُنَّ[25] إلَّا بتَرْجِيحٍ ، على أنَّه لو ثَبَتَ ذلك عن حُذَيْفةَ ، فلا يجوزُ الاحْتِجاجُ به مع مُخالفتِه[26] الكِتابَ وقولَ سائرِ العلماءِ . وأمَّا إقْرارُهم بالجِزْيةِ ، فلأنَّنا غَلَّبْنا حُكْمَ التحريمِ لِدمائِهِم ، فيجبُ أن يُغَلَّبَ حُكْمُ التَّحْرِيمِ [27]في ذبائِحِهم[27] ونِسائِهم .

64/7 ظ

فصل : وسائرُ الكُفَّارِ غيرُ أهلِ الكتابِ ، كمَنْ عَبَدَ ما اسْتَحْسَنَ من الأصنامِ والأحجارِ والشَّجَرِ والحيوانِ ، فلا خِلافَ بين أهلِ العلمِ في تَحْرِيمِ نِسائِهِم وذبائِحِهم ؛ وذلك لما ذكَرْنا من الآيتَيْنِ ، وعَدَمِ المُعارِضِ لهما . والمُرْتَدَّةُ يُحَرَّمُ نِكاحُها على أيِّ دينٍ كانت ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ لها حكمُ أهلِ الدِّينِ الذي انْتَقَلَتْ إليه في إقْرارِها عليه ، ففي حِلِّها أَوْلَى .

---

(23) في ب : « فأما » .

(24 – 24) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(25) في الأصل : « أحد منهن » .

(26) في ا ، ب ، م : « مخالفة » .

(27 – 27) في ب : « لذبائحهم » .

١١٥٧ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ أَحَدُ أَبَوَيِ الْكَافِرَةِ كِتَابِيًّا ، وَالْآخَرُ وَثَنِيًّا ، لَمْ يَنْكِحْهَا مُسْلِمٌ)

وجملتُه أنَّه إذا كان أحدُ أبوَيِ الكِتابيَّةِ غيرَ كِتَابِيٍّ ، لم يَحِلَّ نِكاحُها ، سواءٌ كان وَثَنِيًّا أو مَجُوسِيًّا أو مُرْتَدًّا . وبهذا قال الشافعيُّ ، فيما إذا كان الأبُ غيرَ كتابِيٍّ ؛ لأنَّ الوَلَدَ يُنْسَبُ[1] إلى أبيه ، ويَشْرُفُ بشرَفِه ويُنْسَبُ[2] إلى قَبِيلَتِه ، وإن كانت الأُمُّ غيرَ كتابيةٍ فله فيه قَوْلان . ولَنا ، أنَّها غيرُ مُتَمَحِّضَةٍ من أهلِ الكتابِ ، فلم يَجُزْ للمُسْلِمِ نِكاحُها ، كما لو كان أبوها وَثَنِيًّا ، ولأنَّها مُتوَلِّدَةٌ[3] بين مَنْ يَحِلُّ وبين مَنْ لا يَحِلُّ ، فلم يَحِلَّ[4] ، كالسِّمْعِ[5] والبَغْلِ . ويَحْتَمِلُ أن تَحِلَّ بكلِّ حالٍ[6] ، لدُخُولها فى عُمُومِ الآيةِ المُبِيحةِ ، ولأنَّها كتابيَّةٌ تُقَرُّ على دِينِها ، فأشْبَهَتْ مَنْ أبواها كِتابيَّانِ . والحُكْمُ فى مَن أبواها غيرُ كِتَابِيَّيْنِ ، كالحكمِ فى مَن أحَدُ أبوَيْها كذلك ؛ لأنَّها إذا حُرِّمَتْ لكَوْنِ أحدِ أبوَيْها وَثَنِيًّا ، فلأَنْ تُحَرَّمَ إذا كانَا وَثَنِيَّيْنِ أَوْلَى . والاحتمالُ الذى ذكَرْناه ثَمَّ مُتَحَقِّقٌ[7] هٰهُنا ، [8]اعْتِبارًا بحالِ[8] نَفْسِها دُونَ أبوَيْها[9] .

١١٥٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَ كِتَابِيَّةً ، فَانْتَقَلَتْ إِلَى دِينٍ آخَرَ مِنَ الْكُفْرِ غَيْرِ دِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ ، أُجْبِرَتْ عَلَى الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ لَمْ تُسْلِمْ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا)

الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فصولٍ أربعةٍ :

---

(١) فى الأصل : « ينتسب » .

(٢) فى الأصل : « فينتسب » .

(٣) فى ب : « مولدة » . وفى م : « مولودة » .

(٤) فى الأصل : « يجز » .

(٥) السمع : ولد الذئب من الضبع .

(٦) فى ب : « نكاح » .

(٧) فى ب ، م : « تتحقق » .

(٨ - ٨) فى م : « اعتبار الحال » .

(٩) فى الأصل ، م : « أبيها » .

الأول : أنَّ الكِتابِيَّ إذا[1] انْتَقَلَ إلى غيرِ دِينِ أهلِ الكِتابِ ، لم يُقَرَّ عليه . لا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا ، فإنَّه إذا انتقلَ إلى دِينٍ لا يُقَرُّ أَهْلُه بالجِزْيةِ ، كعِبادةِ الأَوْثانِ وغيرِها ، ممَّا يَسْتَحْسِنُه ، فالأَصْلِيُّ منهم لا يُقَرُّ على دِينِه ، فالمُنْتَقِلُ إليه أَوْلَى . وإن / انْتَقلَ إلى الْمَجُوسِيَّةِ ، لم يُقَرّ أيضا ؛ لأنَّه انْتَقلَ إلى أَنْقَصَ من دِينِهِ ، فلم يُقَرَّ عليه ، كالمُسْلِمِ إذا ارْتَدَّ . فأمَّا إن انْتَقلَ إلى دينٍ آخرَ من دِينِ[2] أهلِ الكِتابِ ، كاليَهُودِىِّ يَتَنَصَّرُ ، أو النَّصْرانِىِّ يتَهَوَّدُ ، ففيه رِوَايتان ؛ إحداهما ، لا يُقَرُّ أيضا ؛ لأنَّه انتقلَ إلى دينٍ باطِلٍ ، قد أقَرَّ ببُطْلانِه ، فلم يُقَرَّ عليه ، كالمُرْتَدِّ . والثانية ، يُقَرُّ عليه . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ، واختيارُ الخَلَّالِ وصاحِبِه ، وقولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه لم يَخْرُجْ عن دِينِ أهلِ الكِتابِ ، فأشْبهَ غيرَ[2] المُنْتَقِلِ . وللشافعىِّ قَوْلان ، كالرِّوايتَيْنِ . فأما الْمَجُوسِىُّ إذا انْتَقلَ إلى دينٍ لا يُقَرُّ أَهْلُه عليه ، لم يُقَرَّ ، كأَهْلِ ذلك الدِّينِ . وإن انْتَقلَ إلى دينِ أهلِ الكتابِ ، خُرِّجَ فيه الرِّوايتان ، وسواءٌ فيما ذكَرْنا الرَّجُلُ والمرأةُ ؛ لعُمُومِ قَوْلِه عليه السلام : « مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ »[3] . ولعمومِ المعنى الذى ذكَرْناه فيهما جميعًا .

٦٥/٧ و

الفصل الثانى : أنَّ المُنْتَقِلَ إلى غيرِ دينِ أهلِ الكتابِ ، لا يُقْبَلُ[4] منه إلَّا الإسلامُ . نَصَّ عليه أحمدُ . واختاره الخَلَّالُ وصاحِبُه . وهو أحدُ أقوالِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ غيرَ الإسلامِ أدْيانٌ باطلةٌ . قد أقَرَّ ببُطْلانِها ، فلم يُقَرَّ عليها كالمُرْتَدِّ . وعن أحمدَ أنَّه لا يُقْبَلُ منه[2] إلَّا

---

(١) فى الأصل ، ا ، ب : « إن » .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يعذب بعذاب الله ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ ... ، من كتاب الاعتصام . صحيح البخارى ٤ / ٧٥ ، ٩ / ١٣٨ . وأبو داود ، فى : باب الحكم فى من ارتد ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢ / ٤٤٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المرتد ، من أبواب الحدود ، عارضة الأحوذى ٦ / ٢٤٣ . والنسائى ، فى : باب الحكم فى المرتد ، من كتاب التحريم . المجتبى ٧ / ٩٦ . وابن ماجه ، فى : باب المرتد عن دينه ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٢٨٢ ، ٢٨٣ ، ٣٢٣ ، ٥ / ٢٣١ .

(٤) فى الأصل : « يتقبل » .

الإسْلامُ أو الدينُ الذى كان عليه ؛ لأنَّ دِينَه الأَوَّلَ قد أقْرَرْناه عليه مَرّةً ، ولم يَنْتَقِلْ إلى خيرٍ منه ، فنُقِرُّه عليه إن رَجَعَ إليه ، ولأنّه مُنتَقِلٌ من دينٍ يُقَرُّ أهْلُه عليه ، إلى دينٍ لا يُقَرُّ أهْلُه عليه ، فيُقْبَلُ منه الرُّجُوعُ إليه ، كالمُرْتَدِّ إذا رَجَعَ إلى الإسْلامِ . وعن أحمدَ ، رواية ثالثة ، أنّه يُقْبَلُ منه أحدُ ثلاثةِ أشياء ؛ الإسلامُ ، أو الرجوعُ إلى دينِه الأوّلِ ، أو دينٍ يُقَرُّ أهلهُ عليه ؛ لعُمُومِ قولِه تعالى : ﴿ حَتَّى يُعْطُواْ الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾[5] .

وإن انْتَقَلَ إلى دينِ أهلِ الكتابِ ، وقُلْنا : لا يُقَرُّ[6] . ففيه الرِّوايتان ؛ إحداهما ، لا يُقْبَلُ منه إلَّا الإسلامُ . والأُخرَى ، لا يقبلُ منه إلَّا الإسْلامُ أو الدِّينُ الذى كان عليه .

الفصل الثالث : فى صِفَةِ إجبارِه على تَرْكِ ما انتقلَ إليه . وفيه روَايتان ؛ إحداهما ، أنّه يُقْتَلُ إن لم يَرْجِعْ ، رَجُلًا كان أو امرأةً ؛ لعُموم قوله عليه السلام : « مَنْ بَدَّلَ دِينَه فاقْتُلُوهُ » . ولأنّه ذِمِّىٌّ[7] نَقَضَ العَهْدَ ، فأشْبَهَ مالو نَقَضَه بتَرْكِ الْتِزامِ الذِّمَّةِ . وهل يُسْتَتابُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدهما ، يُسْتَتابُ ؛ لأنّه يُسْتَرْجَعُ عن دينٍ باطلٍ انتقلَ إليه ، فيُسْتَتابُ ، كالمُرْتَدِّ . والثانى : لا يُسْتَتابُ ؛ لأنّه كافرٌ أصلِىٌّ أُبيحَ قَتْلُه ، فأشْبَهَ / الحَرْبِىَّ . فعلى هذا إن بادَرَ وأسْلَم ، أو رَجَعَ إلى ما يُقَرُّ عليه ، عُصِمَ دَمُه وإلَّا قُتِلَ . والرِّواية الثانية ، عن أحمدَ قال : إذا دَخَلَ اليَهُودِىُّ فى النَّصْرانيَّةِ ، رَدَدْتُه إلى اليَهُودِيَّةِ ، ولم أدَعْه فيما انتقلَ إليه ، فقِيلَ له : أتَقْتُلُه ؟ قال : لا ، ولكن يُضْرَبُ ويُحْبَسُ . قال : وإن كان نَصْرانيًّا أو يَهُوديًّا ، فدَخَلَ فى المَجُوسيَّةِ ، كان أغْلَظَ ؛ لأنّه لا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُه ، ولا تُنْكَحُ له امرأةٌ ، ولا يُتْرَكُ حتى يُرَدَّ إليها . فقيل له : تَقْتُلُه[8] إذا لم يَرْجِعْ ؟ قال : إنّه لأهلُ ذلك . وهذا نصٌّ فى أنَّ الكتابِىَّ المُنْتَقِلَ إلى دينٍ آخرَ من دينِ أهلِ الكتابِ لا يُقْتَلُ ، بل يُكْرَهُ بالضَّرْبِ والحَبْسِ .

٦٥/٧ ظ

---

(٥) سورة التوبة ٢٩ .

(٦) فى ب زيادة : « أهله » .

(٧) سقط من : ب .

(٨) فى ب : « يقتل » .

الفصل الرابع : أنَّ امرأةَ المُسْلِمِ الذِّمِّيَّةَ ، إذا انتقلتْ إلى دينٍ[9] غيرِ دينِ أهلِ الكتابِ ، فهى كالمُرْتَدَّةِ ؛ لأنَّ غيرَ[10] أهلِ الكتابِ لا يَحِلُّ نِكاحُ نِسائِهم ، فمتى كان قبلَ الدُّخولِ ، انْفَسَخَ نِكاحُها فى الحالِ ، ولا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ من قِبَلِها ، وإن كان بعدَه ، وَقَفَ على انْقِضاءِ العِدَّةِ ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْنِ ، والأُخْرَى يَنْفسِخُ فى الحالِ أيضا .

١١٥٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وأَمَتُهُ الْكِتَابِيَّةُ حَلَالٌ لَهُ ، دُونَ أَمَتِهِ الْمَجُوسِيَّةِ**)

الكلامُ فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : أنَّ أمَتَه الكتابيَّةَ حلالٌ له[1] . وهذا[2] قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا الحَسَنَ ، فإنَّه كَرِهَه ؛ لأنَّ الأمَةَ الكتابيَّةَ يُحَرَّمُ نِكاحُها فحُرِّمَ التَّسَرِّى بها كالْمَجُوسِيَّةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾[3] . ولأنَّها ممَّن يَحِلُّ نِكاحُ حَرائِرِهم ، فحَلَّ له التَّسَرِّى بها ، كالمُسْلمةِ . فأمَّا نِكاحُها فيُحَرَّمُ[4] لأنَّ فيه إرْقاقَ وَلَدِه ، وإبقاءَه مع كافِرةٍ ، بخلافِ التَّسَرِّى .

الفصل الثانى : أنَّ مَنْ حُرِّمَ نِكاحُ حرائِرِهم من الْمَجُوسِيَّاتِ ، وسائرِ الكوافِرِ سِوَى أهلِ الكتابِ ، لا يُباحُ وَطْءُ الإماءِ منْهُنَّ بمِلْكِ اليَمينِ . فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم ؛ مُرَّةُ الهَمْدَانِىُّ[5] ، والزُّهْرِىُّ ، وسعيدُ بن جُبَيْرٍ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ،

---

(٩) سقط من : ا ، ب .

(١٠) فى م زيادة : « دين » .

(١) سقط من : ب .

(٢) فى الأصل : « فى » .

(٣) سورة المؤمنون ٦ ، وسورة المعارج ٣٠ .

(٤) فى ا : « فحرم » .

(٥) مرة بن شراحيل الهمدانى الكوفى التابعى ، المعروف بمرة الطيب ومرة الخير لعبادته ، ثقة ، توفى سنة ست وسبعين . تهذيب التهذيب ١٠ / ٨٨ ، ٨٩ .

وأبو حنيفةَ، ومالكٌ، والشافعيُّ . قال ابنُ عبدِ البرِّ : على هذا جماعةُ فُقهاءِ الأمْصارِ، وجمهورُ العلماءِ، وما خالَفه فشُذُوذٌ لا يُعَدُّ خِلافًا . ولم[6] يَبْلُغْنا إباحةُ ذلك إلَّا عن طاوُسٍ، ووَجْهُ قولِه عُمُوم قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[7] . والآية الأُخْرَى[8] . وروَى أبو سعيدٍ، أنَّ رسولَ الله ﷺ بَعَثَ يومَ حُنَيْنٍ بَعْثًا قِبَلَ أَوْطاسٍ[9]، فأصابُوا لهم[10] سَبَايَا، فكأَنَّ ناسًا من أصحابِ / رسولِ الله ﷺ تَحَرَّجُوا من غِشْيانِهِنَّ، من أجْلِ أزْواجِهِنَّ من المُشْركِين، فأنزَلَ اللهُ عزَّ وجلَّ فى ذلك : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾ . قال : فهُنَّ لهم حَلالٌ إذا انْقَضَتْ عِدَّتُهُنَّ . وعنه، أنَّ رسولَ الله ﷺ قال فى سَبَايَا أَوْطاسٍ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلَا غَيْرُ ذاتِ حَمْلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً » . رواهما أبو داودَ[11] . وهو حديثٌ صحيحٌ . وهم عَبَدَةُ أوْثانٍ . وهذا ظاهرٌ فى إباحَتِهِنَّ، ولأنَّ الصحابةَ فى عصرِ النَّبِىِّ ﷺ كان أكثرُ سَباياهم من كُفَّارِ العَرَبِ، وهم عَبَدَةُ أوْثانٍ، فلم يكونُوا يَرَوْنَ تَحْرِيمَهُنَّ لذلك، ولا نُقِلَ عن النَّبِىِّ ﷺ تَحْرِيمُهُنَّ، ولا أَمَرَ الصَّحابةَ باجْتِنابِهِنَّ، وقد دَفَعَ أبو بكرٍ إلى سَلَمةَ بن الأكْوَعِ امرأةً من بعضِ السَّبْىِ، نَفَلَها إيَّاه، وأخَذَ عمرُ وابنُه من سَبْىِ هَوازِنَ، [12]وكذلك غيرُهما[12] من الصَّحابةِ، والحَنَفِيَّةُ أُمُّ محمدِ بن الْحَنفِيَّةِ من

٦٦/٧ و

---

(٦) فى الأصل : « ولا » .

(٧) سورة النساء ٢٤ .

(٨) التى سبقت فى أول المسألة .

(٩) أوطاس : موضع على ثلاث مراحل من مكة .

(١٠) فى م : « منهم » .

(١١) أخرجهما أبو داود، فى : باب فى وطء السبايا، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٧ .

كما أخرج الأول مسلم، فى : باب جواز وطء المسبية بعد الاستبراء ...، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢ / ١٠٧٩، ١٠٨٠ . والنسائى، فى : باب تأويل قول الله عز وجل : ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩١ .

وأخرج الثانى الدارمى، فى : باب فى استبراء الأمة، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٧١، والإمام أحمد، فى : المسند ٣ / ٢٨، ٦٢، ٨٧ .

(١٢ - ١٢) فى م : « وغيرهما » .

سَبْيِ بنى حنيفةَ ، وقد أخذَ الصحابةُ[١٣] سَبايَا فارِسَ ، وهم مَجُوسٌ ، فلم يَبْلُغْنا أنَّهم اجْتَنَبُوهُنَّ ، وهذا ظاهرٌ فى إباحَتِهِنَّ ، لولا اتِّفاقُ أهلِ العلمِ على خِلافِه . وقد أجَبْتُ عن حديثِ أبى سعيدٍ بأجْوِبَةٍ ، منها ؛ أنَّه يَحْتَمِلُ أنَّهنَّ أسْلَمْنَ ، كذلك رُوِىَ عن أحمدَ حين[١٤] سألَه محمدُ بن الحَكَمِ قال : قلتُ لأبى عبدِ الله : فهَوَازِنُ[١٥] أليس كانوا عَبَدَةَ أوْثانٍ ؟ قال : لا أدْرِى كانوا أسْلَمُوا أو لا . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : إباحةُ وَطْئِهِنَّ مَنْسُوخةٌ بقولِه تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾[١٦] .

١١٦٠ – مسألة ؛ قال : (ولَيْسَ لِلْمُسْلِمِ وَإنْ كَانَ عَبْدًا أنْ يَتزَوَّجَ أمَةً كِتابِيَّةً)

لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ﴾[١] . هذا ظاهرُ مذهبِ أحمدَ ، رَوَاه عنه جماعةٌ ، وهو قولُ الحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، ومَكْحولٍ ، ومالكٍ ، والشافعىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والأوْزاعىِّ ، واللَّيْثِ ، وإسحاقَ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، ومجاهدٍ . وقال أبو مَيْسَرَةَ ، وأبو حنيفةَ : يجوزُ للمُسْلِمِ نِكاحُها ؛ لأنَّها تحِلُّ بمِلْكِ اليمينِ ، فحَلَّتْ بالنِّكاحِ كالمُسْلِمةِ . ونُقِلَ ذلك عن أحمدَ ، قال : لا بأسَ بتَزْوِيجِها . إلَّا أنَّ الخَلَّالَ رَدَّ هذه الرِّوايةَ ، وقال : إنَّما تَوَقَّفَ أحمدُ فيها ، ولم يَنْفُذْ له قولٌ ، ومَذْهَبُه أنَّها لا تَحِلُّ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ﴾[١] . فشرَطَ فى / إباحةِ نِكاحِهِنَّ الإيمانَ ، ولم يُوجَدْ ، وتُفارِقُ المُسْلِمةَ ، لأنَّه لا يُؤَدِّى إلى اسْتِرْقاقِ الكافرِ وَلَدَها ، لأنَّ الكافرَ لا يُقَرُّ مِلْكُه على مُسْلِمةٍ ، والكافرةُ تكونُ مِلْكًا لكافرٍ ، ويُقَرُّ مِلْكُه عليها . ووَلَدُها مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِها ، ولأنَّه [٢] قد اعْتَوَرَها [٢]

٦٦/٧ ظ

---

(١٣) فى الأصل زيادة : « من » .

(١٤) فى م : « أنه » .

(١٥) فى م : « هوازن » .

(١٦) سورة البقرة ٢٢١ .

(١) سورة النساء ٢٥ .

(٢ – ٢) فى م : « عقد اعتوره » .

نَقْصانِ ، نَقْصُ الكُفْرِ والمِلْكِ ، فإذا اجْتَمعا مَنَعا ، كالمَجُوسيّةِ لمَّا اجْتَمَعَ فيها نَقْصُ الكُفْرِ ، وعَدَمُ الكِتابِ ، لم يُبَحْ نِكاحُها . ولا فَرْقَ بين الحُرِّ والعَبْدِ فى تحريمِ نِكاحِها ؛ لعُمُومِ ما ذكَرْنا من الدليلِ ، ولأنَّ ما حُرِّمَ على الحُرِّ تَزْوِيجُه لأجْلِ دِينِه ، حُرِّمَ [٣]على العَبْدِ[٣] ، كالمَجُوسِيَّةِ .

١١٦١ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَا[١] لِحُرٍّ مُسْلِمٍ أنْ يَتَزَوَّجَ أمَةً مُسْلِمَةً ، إلَّا أنْ لَا يَجِدَ طَوْلًا بِحُرَّةٍ مُسْلِمَةٍ ، ويَخافَ الْعَنَتَ**)

الكلامُ فى هذه المسألة فى شَيْئَينِ ؛ أحدهما ، أنَّه يَحِلُّ له[٢] نِكَاحُ الأمَةِ المُسْلِمةِ إذا وُجِدَ فيه الشَّرْطان ، عَدَمُ الطَّوْلِ ، وخَوْفُ العَنَتِ . وهذا قولُ عامَّةِ العلماءِ ، لا نَعْلَمُ بينهم اختِلافًا فيه . والأصلُ فيه قولُ اللهِ سبحانه : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾[٣] . الآية . والصَّبْرُ عنها مع ذلك خيرٌ وأفْضَلُ ؛ لقولِ الله تعالى ﴿ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ ﴾[٣] . والثانى : أنَّه[٤] إذا عُدِمَ الشرطانِ أو أحدُهما ، لم يَحِلَّ نِكاحُها لِحُرٍّ[٥] . رُوِىَ ذلك عن جابرٍ ، وابنِ عباسٍ . وبه قال عطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والزُّهْرِيُّ ، وعمرُو بن دِينارٍ ، ومكحولٌ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ . وقال مُجاهِدٌ : ممَّا وَسَّعَ اللهُ على هذه الأُمَّةِ نِكاحُ الأمَةِ ، وإن كان مُوسِرًا . وبه قال أبو حنيفةَ ، إلَّا أن يكونَ تَحْتَه حُرَّةٌ ؛ لأنَّ القُدْرةَ على النِّكاحِ لا تَمْنَعُ النِّكاحَ ، كما يَمْنَعُه وُجُودُ النِّكاحِ ، كنِكاحِ الأُخْتِ والخامِسةِ . وقال قَتادةُ ، والثَّوْرِيُّ : إذا خاف العَنَتَ حَلَّ له نِكاحُ الأمَةِ ، وإن وَجَدَ الطَّوْلَ ؛ لأنَّ إباحَتَها لضَرُورةِ خَوْفِ العَنَتِ ، وقد وُجِدَتْ ، فلا يَنْدَفِعُ إلَّا بنِكاحِ

(٣-٣) سقط من : ب .

(١) فى الأصل زيادة : « يجوز » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ٢٥ .

(٤) سقط من : ا ، م .

(٥) فى الأصل : « بحر » .

الأَمَةِ ، فأَشْبَهَ عادِمَ الطَّوْلِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِناتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمانُكُم مِّنْ فَتَياتِكُمُ ٱلْمُؤْمِناتِ ﴾ إلى قوله : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ . فشَرَطَ فى نِكاحِها عَدَمَ استِطاعةِ الطَّوْلِ ، فلم يَجُزْ مع الاستطاعةِ ، كالصَّوْمِ فى كَفَّارةِ الظِّهارِ مع[6] استطاعةِ الإعْتاقِ ، ولأَنَّ فى تَزْويجِ الأَمَةِ إرْقاقَ وَلَدِه مع الغِنَى عنه ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان تحتَه حُرَّةٌ . وقِياسُهُم ليس بصَحِيحٍ ؛ فإنَّ نِكاحَ الخامسةِ والأُختِ ، إنَّما حُرِّمَ لأَجْلِ / الجَمْعِ ، وبالقُدْرةِ على الجَمْعِ لا يَصِيرُ جامِعًا ، والعِلَّةُ هٰهُنا ، هو الغِنَى عن إرْقاقِ وَلَدِه ، وذلك يَحْصُلُ بالقُدْرةِ على نِكاحِ الحُرَّةِ . وأَمَّا من يَجِدُ الطَّوْلَ ويخافُ العَنَتَ ، فإن كان ذلك لكَوْنِه لا يَجِدُ إلَّا حُرَّةً صغيرةً أو غائبةً أو مَرِيضةً لا يُمْكِنُ وَطْؤُها ، أو وَجَدَ مالًا ولم يُزَوَّجْ[7] لقُصُورِ نَسَبِه ، فله نِكاحُ الأَمَةِ ؛ لأَنَّه عاجِزٌ عن حُرَّةٍ تُعِفُّه . وإن كانت الحرةُ فى حِبالةِ غيرِه[8] ، فله نِكاحُ أَمَةٍ . نَصَّ عليه أحمدُ فى الغائبةِ . وهو ظاهِرُ مذهبِ الشافعىِّ . وقال بعضُهم : لا يجوز ؛ لوُجْدانِ الطَّوْلِ . ولَنا ، أنَّه غيرُ مستطيعٍ للطَّوْلِ[9] إلى حُرَّةٍ تُعِفُّه ، فأَشْبَهَ مَنْ لا يجدُ شيئًا ، ألا تَرَى أنَّ اللهَ سبحانه جعَل[10] ابنَ السَّبِيلِ الذى له اليَسارُ فى بَلَدِه فَقِيرًا ؛ لعَدَمِ قُدْرَتِه عليه فى الحال ! وإن كانت له حُرَّةٌ يَتَمَكَّنُ من وَطْئِها ، والعِفَّةِ بها ، فليس بخائِفِ العَنَتَ .

٦٧/٧و

فصل : وإن قَدَرَ على تزويجِ كِتابيَّةٍ تُعِفُّه ، [11]أو ثَمَنِ أَمَةٍ[11] ، لم يَحِلَّ له نِكاحُ

---

(٦) فى م زيادة : « عدم » .

(٧) فى م : « يتزوج » .

(٨) مكان هذه الكلمة فى الأصل ، ا ، ب : « وهما كذلك » . والعبارة غير مستقيمة ، ولعل صوابها : « وإن كانت الحرةُ فى حبالِه غير أنها غائبة » . والله أعلم .

(٩) فى م : « الطول » .

(١٠) فى الأصل ، ب : « نزل » .

(١١ - ١١) سقط من : م .

الأَمَةِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ ، وذكروا[12] وَجْهًا آخرَ أنَّه يجوزُ له[13] ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ . وهذا غيرُ مُسْتَطِيعٍ لذلك . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ . وهذا غيرُ خائفٍ له ، ولأنَّه قَدَرَ على صِيَانةِ وَلَدِه عن الرِّقِّ ، فلم يَجُزْ له إرْقاقُه ، كما لو قَدَرَ على نِكاحِ مُؤْمنةٍ .

فصل : ومَنْ كانت تحتَه[14] حُرَّةٌ يُمْكِنُه أن يَسْتَعِفَّ بها ، لم يَجُزْ له نِكاحُ أَمَةٍ . لا نعلمُ فى هذا خِلافًا ، ولا فَرْقَ بين الكتابيَّةِ والمُسْلمةِ فى ذلك ؛ لما ذكَرْنا من قبلُ .

فصل : فإن لم يَجِدْ طَوْلًا ، لكنْ وَجَدَ مَنْ يُقْرِضُه ذلك ، لم يَلْزَمْه ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى بَقَاءِ الدَّيْنِ فى ذِمَّتِه ، ولصاحِبِه[15] مُطالَبَتُه به فى الحالِ . وكذلك إن رَضِيَتِ الحُرَّةُ بتأْخِيرِ صَدَاقِها ، أو تَفْوِيضِ بُضْعِها ؛ لأنَّ لها مُطَالَبَتَه بعِوَضِه . وكذلك إن بَذَلَ له باذِلٌ[16] أن يَزِنَه عنه ، أو يَهَبَه إيَّاه ، لم يَلْزَمْه قَبولُه[17] ؛ لما عليه من ضَرَرِ المِنَّةِ ، وله فى ذلك كلِّه نِكاحُ الأَمَةِ . وإن لم يَجِدْ مَنْ يُزَوِّجُه إلَّا بأكْثَرَ من مَهْرِ المِثْلِ ، وكان قادرًا عليه ، ولا يُجْحِفُ به ، لم يَكُنْ له نِكاحُ الأَمَةِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : له ذلك ، كما لو لم يَجِدِ الماءَ إلَّا بزيادةٍ عن ثمنِ المِثْلِ ، فله التَّيَمُّمُ . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ / مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ . وهذا مُسْتَطِيعٌ ، ولأنَّه قادِرٌ على نِكاحِ حُرَّةٍ بما لا يَضُرُّه ، فلم يَجُزْ له إرْقاقُ وَلَدِه ، كما لو كان بمَهْرِ مِثْلِها ، ولا نُسَلِّمُ ما ذكَرُوه فى التَّيَمُّمِ ، ثم هذا مُفارِقٌ للتَّيَمُّمِ من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ التَّيَمُّمَ رُخْصةٌ عامَّةٌ ، وهذا أُبِيحَ للضَّرُورةِ ، ومع القُدْرةِ على الحُرَّةِ لا ضَرُورَةَ . والثانى ، أنَّ التَّيَمُّمَ يتكَرَّرُ ، فإيجابُ

٦٧/٧ ظ

---

(١٢) فى م : « وذكر » .
(١٣) سقط من : ب ، م .
(١٤) فى الأصل : « عنده » .
(١٥) فى م : « ولصاحبته » .
(١٦) سقط من : ب .
(١٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

شِرَائِه بزِيادةٍ على ثمنِ المِثْلِ يُفْضِى إلى الإجْحافِ به ، وهذا لا يتكَرَّرُ ، فلا ضَرَرَ فيه .

فصل : وإنْ كان فى يَدِه مالٌ ، فذَكَرَ أنَّه مُعْسِرٌ ، وأنَّ المالَ لغيرِه . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه حُكْمٌ بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فقُبِلَ قولُه فيه ، كما لو ادَّعَى مَخافةَ العَنَتِ . ومتى تَزَوَّجَ الأمَةَ ، ثم أقرَّ أنَّه كان مُوسِرًا حالَ النِّكاحِ ، فُرِّقَ بينهما ؛ لأنَّه أقرَّ بفسادِ نِكاحِه . وهكذا إنْ أقرَّ أنَّه لم يَكُنْ[18] يَخْشَى العَنَتَ . فإنْ كان قبلَ الدُّخولِ وصَدَّقَه السَّيِّدُ ، فلا مَهْرَ ، وإن كَذَّبَه ، فله نِصْفُ المُسَمَّى ؛ لأنَّه يَدَّعِى صِحَّةَ النكاحِ والأصْلُ معه ، وإن كان بعدَ الدُّخولِ ، فعليه المُسَمَّى جَمِيعُه ، إلَّا أن يكونَ مَهْرُ المِثْلِ أكْثَرَ ، فعلى قولِ مَنْ أوْجَبَ مَهْرَ المِثْلِ فى النكاحِ الفاسدِ ، يلْزَمُه مَهْرُ المِثْلِ ؛ لإقْرارِه به . وإن كان المُسَمَّى أكثَرَ ، وَجَبَ للسَّيِّدِ[19] [20] إلَّا أن[20] يُصَدِّقَه فيما قال ، فيكونَ له من المَهْرِ ما يَجِبُ[21] فى النِّكاحِ الفاسدِ . وهل ذلك المُسَمَّى أو مَهْرُ المِثْلِ ؟ على رِوايتَيْنِ .

١١٦٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَتَى عَقَدَ عَلَيْهَا وَفِيهِ الشَّرْطَانِ ؛ عَدَمُ الطَّوْلِ ، وخَوْفُ الْعَنَتِ ، ثُمَّ أيْسَرَ ، لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ)

هذا ظاهرُ المذهبِ ، وهو مذهبُ الشافعىِّ ، وفى المذهبِ وجهٌ آخَرُ ، أنَّه يَفْسُدُ النكاحُ . وهو قولُ المُزَنِىِّ ؛ لأنَّه إنَّما أُبِيحَ للحاجةِ ، فإذا زالتِ الحاجةُ لم يَجُزْ له[1] اسْتِدامَتُه ، كمن أُبِيحَ له أكْلُ المَيْتةِ للضَّرُورةِ ، فإذا وَجَدَ الحَلَالَ لم يَسْتَدِمْه . ولَنا ، أنَّ فَقْدَ الطَّوْلِ أحدُ شَرْطَىْ إباحةِ نِكاحِ الأمَةِ ، فلم تُعْتَبَر اسْتِدامَتُه ، كخَوْفِ العَنَتِ ، ويُفارِقُ أكْلَ المَيْتةِ ، فإنَّ أكْلَها بعدَ القُدْرَةِ ابْتِداءٌ[1] للأكْلِ ، وهذا لا يَبْتَدِئُ النِّكاحَ ،

---

(١٨) سقط من : الأصل .

(١٩) فى م : « وللسيد » .

(٢٠ – ٢٠) فى م : « أن لا » .

(٢١) فى ا ، ب : « وجب » .

(١) سقط من : ب .

إنَّما يَسْتَدِيمُه ، والاسْتِدامةُ للنِّكاحِ تُخالِفُ[2] ابْتِداءَه ، بدليلِ أنَّ العِدَّةَ والرِّدَّةَ وأَمْنَ العَنَتِ يَمْنَعْنَ ابْتِداءَه دُونَ اسْتِدامَتِه .

فصل : وإن تزوَّجَ على الأَمَةِ حُرَّةً ، صَحَّ . وفى بُطْلانِ نِكاحِ الأَمَةِ رِوَايتانِ ؛ إحداهما ، لا يَبْطُلُ . وهو قولُ سعيدِ بن / المُسَيَّبِ ، وعطاءٍ ، والشافعىِّ ، وأَصْحابِ الرَّأْىِ . ورُوِىَ معنى ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . والرِّواية الثانية ، يَنْفَسِخُ نِكاحُ الأَمةِ . وهو قولُ ابن عباسٍ ، ومَسْرُوقٍ ، وإسحاقَ ، والمُزَنِىِّ . وَوَجْهُ الرِّوايتَيْنِ ما تقدَّم فى صَدْرِ[3] المسألةِ . وقال النخعىُّ : إن كان له من الأَمةِ وَلَدٌ ، لم يُفارِقْها ، وإلَّا فارَقَها . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ما كان مُبْطِلًا للنِّكاحِ فى غيرِ ذاتِ الوَلَدِ أبْطلَه فى ذاتِ الوَلَدِ ، كسائرِ مُبْطلاتِه ، ولأنَّ وَلَدَه منها مملوكٌ لسَيِّدِها ، ونَفَقَتُه عليه . وقد اسْتُدِلَّ على بَقاءِ النِّكاحِ بما رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه قال : إذا تزوَّجَ الحُرَّةَ على الأَمَةِ ، قَسَمَ للحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ ، وللأَمَةِ ليلةً[4] . ولأنَّه[5] لو بَطَلَ بنِكاحِ[6] الحُرَّةِ ، لبَطَلَ[7] بالقُدْرَةِ عليه ، فإنَّ القُدْرةَ على المُبْدَلِ كاسْتِعْمالِه ، بدَليلِ الماءِ مع التُّرابِ .

٦٨/٧ و

١١٦٣ – مسألة ؛ قال : (وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مِنَ الْإِمَاءِ أَرْبَعًا ، إِذَا كَانَ الشَّرْطَانِ فِيهِ قَائِمَيْنِ)

اخْتلفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فى إباحةِ أكْثَرَ من أَمةٍ إذا لم تُعِفَّه ، فعَنْه أنَّه قال : إذا خَشِىَ العَنَتَ تزوَّجَ أرْبعًا ، إذا لم يَصْبِرْ كيف يَصْنَعُ ؟ وهذا قولُ الزُّهْرِىِّ ، والحارثِ العُكْلِىِّ ،

(٢) فى ب : « بخلاف » .

(٣) سقط من : ا ، ب ، م .

(٤) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٨٥ .

(٥) فى ا : « وأنه » . وفى م : « فإنه » .

(٦) فى ب : « نكاح » .

(٧) فى ب : « أبطل » .

ومالكٍ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ . والرِّواية الثانية ، قال أحمدُ : لا يُعْجِبُنِى أن يتزوَّجَ إلَّا أَمَةً واحدةً . يَذْهَبُ إلى حديثِ ابن عباسٍ ، وهو ما رُوِىَ عن ابن عباسٍ : أنَّ الحُرَّ لا يتزوَّجُ من الإمَاءِ إلَّا واحدةً ، وقرأ : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾[1] . وبه قال قَتادةُ ، والشافعيُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ ؛ لأنَّ[2] مَنْ له زَوْجةٌ يُمْكِنُه وَطْؤُها لا يَخْشَى العَنَتَ . ووَجْهُ الأُولَى قولُه تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ . الآية . وهذا داخِلٌ فى عُمُومِها ، ولأنَّه عادِمٌ للطَّوْلِ ، خائِفٌ لِلْعَنَتِ ، فجاز له نِكاحُ أَمَةٍ كالأُولَى[3] . وقولُهم : لا يَخْشَى العَنَتَ . قُلْنا : الكلامُ فى مَن يَخْشاه ، ولا نُبِيحُه إلَّا له . وقولُ ابن عباسٍ يُحْمَلُ على مَنْ لم يَخْشَ العَنَتَ ، وكذلك الرِّوايةُ الأُخْرَى عن أحمدَ . وإن تزوَّجَ حُرَّةً فلم تُعِفَّه ، فذَكَرَ فيها أبو الخَطَّابِ رِوَايتَيْنِ ، مِثْلَ نِكاحِ الأَمَةِ فى حَقِّ مَنْ تحتَه أَمَةٌ لم تُعِفَّه ؛ لما ذكَرْنا . وإن كانت الحُرَّةُ تُعِفُّه ، فلا خِلافَ فى تحْرِيمِ نِكاحِ الأَمَةِ . وإن نَكَحَ أَمَةً تُعِفُّه ، لم يَكُنْ له أن يَنْكِحَ أُخْرَى ، فإن نَكَحَها ، فنِكاحُها[4] باطِلٌ . (5وإن تزوَّجَ أَمَتَيْنِ فى عَقْدٍ ، وهو يَسْتَعِفُّ / بواحدةٍ ، فنكاحُه باطلٌ 5) ؛ لأنَّه يَبْطُلُ فى إحْداهما ، وليست إحْداهما بأَوْلَى من الأُخْرَى ، فبَطَلَ ، كما لو جَمَعَ بين أُخْتَيْنِ .

٦٨/٧ ظ

فصل : وللعبدِ أن يَنْكِحَ الأَمَةَ ، وإن فُقِدَ فيه الشَّرْطان ؛ لأنَّه مُساوٍ لها ، فلم يُعْتَبَرْ فيه هذان الشَّرْطان ، كالحُرِّ مع الحُرَّةِ . وله نكاحُ أَمَتَيْنِ معًا ، وواحدةٍ بعد واحدةٍ ؛ لأنَّ خَشْيَةَ العَنَتِ غيرُ مَشْرُوطةٍ[6] فيه . وإن تزوَّجَ حُرَّةً ، وقُلْنا : ليست الحُرِّيَّةُ شَرْطًا فى

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى نكاح إماء المسلمين ، وباب لا تنكح أمة على أمة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٧٣ ، ١٧٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من رخص للحر أن يتزوج الأمة ، كم يجمع منهن ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٧ .

(٢) فى ب : « ولأن » .

(٣) فى م : « الأولى » .

(٤) فى ا : « فنكاحه » .

(٥ - ٥) سقط من : ا ، م .

(٦) فى الأصل ، ب : « مشترطة » .

نِكاحَ الحُرّةِ ، فهل له أن ينْكِحَ أمةً ؟ فيه رِوَايتان ؛ إحداهما ، له ذلك . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعيِّ ؛ لأنَّها مُساويةٌ له ، فلم يُشْتَرَطْ لِصِحَّةِ نِكاحِها عَدَمُ الحُرَّةِ ، كالحُرِّ مع الحُرَّةِ ، ولأنَّه لو اشْتُرِط عَدَمُ الحُرَّةِ ، لَاشْتُرِطَ عَدَمُ القُدْرةِ عليها ، كما فى حَقِّ الحُرِّ[7] . والثانية ، لا يجُوز . وهو قولُ[8] أصْحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه يُرْوَى عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، أنَّه قال : تُنْكَحُ الحُرَّةُ على الأَمَةِ ، ولا تُنْكَحُ الأمَةُ على الحُرَّةِ . ولأنَّه مالِكٌ لِبُضْعِ حُرَّةٍ ، فلم يكُنْ له أن يتزوَّجَ أمةً ، كالحُرِّ[9] . وإن عَقَدَ النكاحَ عليهما جميعًا ، صَحَّ فيهما ؛ لأنَّ كلَّ واحدةٍ يجوزُ إفْرادُها بالعَقْدِ ، فجاز بالجَمْعِ[10] بينهما ، كالأَمَتَيْنِ .

فصل : وإذا زَنَتِ المرأةُ ، لم يَحِلَّ لمَنْ يَعْلَمُ ذلك نِكاحُها إلَّا بشَرْطَيْنِ ؛ أحدهما ، انْقِضاءُ عِدَّتِها ، فإن حَمَلَتْ من الزِّنَى فقضاءُ عِدَّتِها بوَضْعِه ، ولا يَحِلُّ نِكاحُها قبلَ وَضْعِه . وبهذا قال مالكٌ وأبو يوسفَ . وهو إحدى الرِّوايَتيْنِ عن أبي حنيفةَ . وفى الأُخْرَى قال : يَحِلُّ نِكاحُها ويَصِحُّ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه وَطْءٌ لا يَلْحَقُ به النَّسَبُ ، فلم يُحَرِّم النِّكاحَ ، كما لو لم تَحْمِلْ . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ[11] الْآخِرِ ، فَلَا يَسْقِي مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ »[12] . يعنى وَطْءَ الحَوامِلِ . وقولُ النَّبىِّ ﷺ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ »[13] . صحيحٌ ، وهو عامٌّ ، ورُوِىَ عن سعيدِ ابن المُسَيَّبِ ، أنَّ رَجُلًا تزوَّجَ امرأةً ، فلما أصابَها وجَدَها حُبْلَى ، فرُفِعَ ذلك إلى النَّبِىِّ ﷺ ، ففرَّقَ بينهما ، وجَعَلَ لها الصَّداقَ ، وجَلَدَها مائةً . رواه سعيدٌ[14] . ورأى النَّبِىُّ ﷺ

---

(٧) فى ب ، م : « الحرة » .

(٨) فى م زيادة : « الشافعى و » . وتقدم قول الشافعى .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) فى ا : « الجمع » .

(١١) فى ب : « وباليوم » .

(١٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يشترى الجارية ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٦٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١٠٨ ، ١٠٩ .

(١٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٥٣ .

(١٤) فى : باب المرأة تزوج فى عدتها . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٨٨ .

امرأةً مُجِحًّا[١٥] على بابِ فُسْطاطٍ ، فقال : لعَلَّه يُرِيدُ أنْ يُلِمَّ بِهَا ؟ قالوا : نعم . قال : « لَقَدْ هَمَمْتُ أنْ ألْعَنَهُ لَعْنًا يَدْخُلُ مَعَهُ قَبْرَهُ ، كَيْفَ يَسْتَخْدِمُه وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ أمْ كَيْفَ يُوَرِّثُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ » . / أخرجه مسلمٌ[١٦] . ولأنَّها حامِلٌ من غيرِه ، فحُرِّمَ عليه نِكاحُها ، كسائرِ الحَوامِلِ . وإذا ثَبَتَ هذا لَزِمَتْها العِدَّةُ ، وحُرِّمَ عليها النِّكاحُ فيها ؛ لأنَّها فى الأصْلِ لمَعْرِفةِ براءَةِ الرَّحِمِ ، ولأنَّها قبلَ العِدَّةِ يَحْتَمِلُ أن تكونَ حامِلًا ، فيكونَ نِكاحُها باطِلًا ، فلم يَصِحَّ ، كالمَوْطوءةِ بشُبْهةٍ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا عِدَّةَ عليها ؛ لأنَّه وَطْءٌ لا تَصِيرُ به المرأةُ[١٧] فِراشًا ، فأشْبَهَ وَطْءَ الصَّغِيرِ . ولَنا ، ما ذكَرْناه ، ولأنَّه[١٨] إذا لم يَصِحَّ نكاحُ الحاملِ ، فغيرُها أَوْلَى ، لأنَّ وَطْءَ الحاملِ لا يُفْضِى إلى اشْتِباهِ النَّسَبِ[١٩] ، [٢٠]وغيرُها يَحْتَمِلُ[٢٠] أن يكونَ وَلَدُها من الأوَّلِ ، ويَحْتَمِلُ أن يكونَ من الثانى ، فيُفْضِى إلى اشْتِباهِ الأنْسابِ ، فكان بالتَّحْرِيمِ أَوْلَى ، ولأنَّه وَطْءٌ فى القُبُلِ ، فأوْجَبَ العِدَّةَ ، كوَطْءِ الشُّبْهةِ ، ولا نُسَلِّمُ وَطْءَ الصغيرِ الذى يُمْكِنُ منه الوَطْءُ . والشَّرْطُ الثانى ، أن تَتُوبَ من الزِّنَى ، [٢١]وبه قال[٢١] قَتادةُ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ : لا يُشْتَرَطُ ذلك ؛ لما رُوِىَ أنَّ عمرَ ضَرَبَ رجلًا وامرأةً فى الزِّنَى ، وحَرَصَ أن يَجْمَعَ بينهما ، فأبَى

٦٩/٧ و

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يتزوج المرأة فيجدها حبلى ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩١ ، ٤٩٢ . والبيهقى ، فى : باب لا عدة على الزانية ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧/١٥٧ .

(١٥) امرأة مجح : قريبة الولادة .

(١٦) فى : باب تحريم وطء الحامل المسبية ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٦٥ ، ١٠٦٦ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٩٧ .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) فى م : « لأنه » .

(١٩) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٠ – ٢٠) فى ب ، م : « ويحتمل » .

(٢١ – ٢١) فى م : « قاله » .

الرجلُ[٢٢] . ورُوِىَ أنَّ رجلًا سأل ابنَ عباسٍ عن نِكاحِ الزَّانِيَةِ، فقال: يجوزُ، أرأيْتَ لو سَرَقَ من كَرْمٍ، ثم ابْتاعَه، أكان يَجُوزُ[٢٢]؟ . ولَنا، قولُ الله تعالى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ إلى قولِه: ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾[٢٣] . وهى قبلَ التَّوْبةِ فى حُكْمِ الزِّنَى، فإذا تابتْ زال ذلك؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ: «التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ»[٢٤] . وقولِه: «التَّوْبةُ تَمْحُو الْحُوبَةَ»[٢٥] . ورُوِىَ أنَّ مَرْثَدًا دَخَلَ مَكَّةَ، فرأى امرأةً فاجرةً يُقال لها عَنَاقُ، فدَعَتْه إلى نَفْسِها، فلم يُجِبْها، فلما قَدِمَ المدينةَ سأل رسولَ الله ﷺ، فقال له[٢٦]: أَنْكِحُ عَناقًا؟ فلم يُجِبْه، [٢٧]فنزل قولُه[٢٧] تعالى: ﴿ٱلزَّانِى لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾ . فدَعاهُ رسولُ الله ﷺ، فتَلا عليه الآيةَ، وقال: «لَا تَنْكِحْهَا»[٢٨] . ولأنَّها إذا كانت مُقِيمةً على الزِّنَى لم[٢٩] يَأْمَنْ أن تُلْحِقَ به [٣٠]ولدًا من[٣٠] غيرِه، وتُفْسِدَ فِراشَه . فأمَّا حديثُ عمرَ، فالظاهرُ أنَّه استَتابَها . وحديثُ ابنِ عباسٍ ليس فيه بيانٌ، ولا تَعَرُّضَ له لمَحَلِّ[٣١] النِّزاعِ . إذا ثَبَتَ

---

(٢٢) أخرجهما ابن أبى شيبة، فى: باب فى الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها، من رخص فيه، من كتاب النكاح. المصنف ٤ / ٢٤٨ . وعبد الرزاق، فى: باب الرجل يزنى بامرأة ثم يتزوجها، من كتاب الطلاق. المصنف ٧ / ٢٠٣، ٢٠٤ . وسعيد بن منصور، فى: باب الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها. السنن ١ / ٢٢٤ . والبيهقى، فى: باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها، من كتاب النكاح. السنن الكبرى ٧ / ١٥٥ .

(٢٣) سورة النور ٣ .

(٢٤) أخرجه ابن ماجه، فى: باب ذكر التوبة، من كتاب الزهد. سنن ابن ماجه ٢ / ١٤٢٠ .

(٢٥) الحوبة: الإثم.

والحديث أخرجه أبو نعيم، فى: حلية الأولياء ١ / ٢٧٠ .

(٢٦) سقط من: م.

(٢٧-٢٧) فى م: «فأنزل الله».

(٢٨) أخرجه أبو داود، فى: باب فى قوله تعالى: ﴿الزانى لا ينكح إلا زانية﴾، من كتاب النكاح. سنن أبى داود ١ / ٤٧٣ . والنسائى، فى: باب تزويج الزانية، من كتاب النكاح. المجتبى ٦ / ٥٤، ٥٥ .

(٢٩) فى ب: «لا».

(٣٠-٣٠) فى م: «ولد».

(٣١) فى الأصل، ب: «بمحل».

٦٩/٧ظ هذا فإنَّ عِدَّةَ الزَّانِيَةِ كعِدَّةِ المُطلَّقةِ ؛ لأنَّه استِبْراءٌ لحُرَّةٍ ، فأشْبَهَ / عِدَّةَ المَوْطوءةِ بشُبْهةٍ . وحكى ابنُ أبي موسى ، أنَّها تُستَبْرأُ بحَيْضَةٍ ؛ لأنَّه ليس من نِكاحٍ ولا شُبْهةِ نكاحٍ ، فأشْبَهَ استِبْراءَ أُمِّ الوَلَدِ إذا عَتَقَتْ . وأمَّا التَّوْبةُ ، فهى الاستِغْفارُ والنَّدمُ والإقْلاعُ عن الذَّنْبِ ، كالتَّوْبةِ من سائرِ الذُّنوبِ . ورُوِىَ عن ابنِ عمرَ ، أنَّه قِيلَ له : كيف تُعْرَفُ تَوْبَتُها ؟ قال : يُرِيدُها على ذلك ، فإن طاوَعَتْه فلم تَتُبْ ، وإن أبَتْ فقد تابتْ . فصار أحمدُ إلى قولِ ابن عمرَ اتِّباعًا له . والصحيحُ الأوَّلُ ، فإنَّه لا ينبغِى لمُسْلِمٍ أن يَدْعُوَ امرأةً إلى الزِّنَى ، ويَطْلُبَه منها ، ولأنَّ طَلَبَه ذلك منها إنَّما يكونُ فى خَلْوةٍ ، ولا تَحِلُّ الخَلْوةُ بأجْنَبِيَّةٍ ، ولو كان فى تَعْلِيمِها القرآنَ ، فكيف يَحِلُّ فى مُراوَدَتِها على الزِّنَى ! ثم لا يَأْمَنُ إن أجَابَتْه إلى ذلك أن تَعُودَ إلى المَعْصِيَةِ ، فلا يَحِلُّ للتَّعرُّضِ لمثل هذا ، ولأنَّ التَّوْبةَ من سائرِ الذُّنوبِ ، وفى حَقِّ سائرِ الناسِ ، وبالنِّسْبةِ إلى سائرِ الأحكامِ ، على غيرِ هذا الوَجْهِ ، فكذلك يكونُ(٣٢) هذا .

فصل : وإذا وُجِدَ الشَّرْطانِ حَلَّ نِكاحُها للزَّانِى وغيرِه ، فى قولِ أكثر أهل العلمِ ، منهم : أبو بكرٍ ، وعمرُ ، وابْنُه(٣٣) ، وابنُ عباسٍ ، (٣٤وجابرٌ ، وسعيد بن المُسَيَّبِ ، وطَاوُسٌ٣٤) ، وجابرُ بن زَيْدٍ ، وعطاءٌ ، والحَسَنُ ، وعِكْرِمَةُ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن ابنِ مسعودٍ ، والبَراءِ بن عازِبٍ ، وعائشةَ ، أنَّها لا تَحِلُّ للزَّانِى بحالٍ ، قالوا : لا يَزالانِ زانِيَيْنِ ما اجْتَمَعَا ؛ لعُمُومِ الآيةِ والْخَبرِ(٣٥) . ويَحْتَمِلُ أنَّهم أرادُوا بذلك ما كان قبلَ التَّوْبةِ ، أو قبلَ اسْتِبْرائِها ،

---

(٣٢) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤ – ٣٤) سقط من : م .

(٣٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٦ ، ١٥٧ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها . السنن ١ / ٢٢٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من كره أن يتزوجها ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٥١ . =

فيكونُ كقَوْلنا . فأمَّا تَحْرِيمُها على الإطْلاقِ فلا يَصِحُّ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَنْ تَبْتَغُواْ بِأَمْوالِكُـمْ ﴾[٣٦] . ولأنَّهـا مُحَلَّلـةٌ لغيـرِ الزانِـى ، فحَلَّـتْ له ، كغيرِها .

فصل : وإن زَنَتِ امرأةُ رَجُلٍ ، أو زَنَى زَوْجُها ، لم يُفْسَخِ[٣٧] النِّكاحُ ، سواءٌ كان قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . وبذلك قال مجاهدٌ ، وعطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وعن جابرِ بن عبدِ الله ، أنَّ المرأةَ إذا زَنَتْ يُفَرَّقُ بينهما ، وليس لها شىءٌ . وكذلك رُوِىَ عن الحسنِ . وعن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه فرَّقَ بين رَجُلٍ وامْرأتِه زَنَى قبـلَ [٣٨]أن يدْخُـلَ[٣٨] بها[٣٩] . واحْتجَّ لهم بأنَّه لو قَذَفَها / ولَاعَنَها بانَتْ منه ؛ لتَحْقِيقِه[٤٠] الزِّنَى عليها ، فدَلَّ على أن الزِّنَى يُبِينُها[٤١] . ولَنا ، أنَّ دَعْواه الزِّنَى عليها لا يُبِينُها ، ولو كان النكاحُ يَنْفَسِخُ به لَانْفَسَخَ بمُجَرَّدِ دَعْواه ، كالرَّضاعِ ، ولأنَّها مَعْصِيةٌ لا تُخْرِجُ عن الإسلامِ ، فأشْبَهَتِ السَّرِقةَ ، فأمَّا اللِّعانُ فإنه يَقْتَضِى الفَسْخَ بدُونِ الزِّنَى ، بدَليلِ أنَّها إذا لَاعَنَتْه فقد قابَلَتْه ، فلم يَثْبُتْ زِناها ، ولذلك أَوْجَبَ النَّبِىُّ ﷺ الحَدَّ على مَنْ قَذَفَها ، والفَسْخُ واقِعٌ . ولكنَّ أحمدَ اسْتَحَبَّ للرَّجُلِ مُفارَقَةَ امْرأتِه إذا زَنَتْ ، وقال : لا أَرَى أن يُمْسِكَ مثلَ هذه . وذلك أنَّه لا يُؤْمَنُ أن تُفْسِدَ فِراشَه ، وتُلْحِقَ به وَلَدًا ليس منه . قال ابنُ المُنْذِرِ : لَعَلَّ من كَرِهَ هذه

٧/٧٠و

= كما أخرجه عبد الرزاق ، عن ابن مسعود وعائشة ، فى : باب الرجل يزنى بامرأة ثم يتزوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٥ ، ٢٠٦ .

(٣٦) سورة النساء ٢٤ .

(٣٧) فى الأصل ، ب : « ينفسخ » .

(٣٨ - ٣٨) فى م : « الدخول » .

(٣٩) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما يستدل به على قصر الآية على ما نزلت فيه أو نسخها ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٥٦ .

(٤٠) فى الأصل : « لحقيقة » .

(٤١) فى م : « بينهما » .

المرأةَ إنَّما كَرِهَها على غيرِ وَجْهِ التَّحْرِيمِ ، فيكونُ مثلَ قولِ أحمدَ هذا . قال أحمدُ : ولا يَطَؤُها حتى يَسْتَبْرِئَها بثلاثِ حِيَضٍ . وذلك لما رَوَى رُوَيْفِعُ بن ثابتٍ ، قال : سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ[42] يَوْمَ حُنَيْن : « لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ والْيَوْمِ الْآخِرِ يَسْقِي مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ »[43] . يعنى إتْيانَ الحَبالَى . ولأنَّها ربَّما تأتِي بولَدٍ من الزِّنَى فيُنْسَبُ إليه . والأَوْلَى أنه يَكْفِي اسْتِبْراؤُها[44] بحَيْضَةٍ واحدةٍ[44] ؛ لأنَّها تكْفِي فى اسْتِبْراءِ الإماءِ ، وفى أُمِّ الوَلَدِ إذا عَتَقَتْ بمَوْتِ سَيِّدِها ، أو بإعْتاقِ سَيِّدِها ، فيَكْفِي هٰهُنا ، والمَقْصودُ[45] هٰهُنا مُجَرَّدُ الاسْتِبْراءِ ، وقد حَصَلَ بحَيْضةٍ فيُكْتَفَى بها .

فصل : وإذا عَلِمَ الرجلُ من جارِيَتِه الفُجورَ ، فقال أحمدُ : لا يَطَؤُها ؛ لعَلَّها تُلْحِقُ به وَلَدًا ليس منه . قال ابنُ مسعودٍ : أَكْرَهُ أن أطَأَ أمَتِي وقد بَغَتْ[46] . وروى مالكٌ ، عن يَحْيَى بن سعيدٍ ، عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، أنَّه كان يَنْهَى أن يَطَأَ الرجلُ أمَتَه وفى بَطْنِها ولَدٌ جَنِينٌ لغيرِه[47] . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : هذا مُجْمَعٌ على تَحْرِيمِه . وكان ابنُ عباسٍ يُرَخِّصُ فى وَطْءِ الأَمَةِ الفاجِرَةِ[48] . ورُوِىَ ذلك عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ . ولعل مَنْ كَرِه ذلك كَرِهَه قبلَ الاسْتِبْراءِ ، أو إذا لم يُحَصِّنْها ويَمْنَعْها[49] من الفُجُورِ ، ومَن أباحَهُ[50] بعدَهما ، فيكونُ القَوْلان مُتَّفِقَيْنِ . والله تعالى أعلم .

---

(٤٢) فى الأصل ، م : « يقوم » .

(٤٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٦١ .

(٤٤ – ٤٤) فى م : « بالحيضة الواحدة » .

(٤٥) فى م : « والمنصوص » .

(٤٦) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الرجل يطأ جارية بغيا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٨ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل تكون له الأمة الفاجرة فتحصنه ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٥٨ .

(٤٧) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى الرجل يشترى الجارية وهى حامل ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٣٧٠ .

(٤٨) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الرجل يطأ جارية بغيا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٨ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل تكون له الأمة الفاجرة فتحصنه ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٥٨ ، ٥٩ .

(٤٩) فى م : « أو يمنعها » .

(٥٠) سقط من : م .

١١٦٤ – مسألة؛ قال: (وَمَنْ خَطَبَ امْرَأَةً ، فَلَمْ تَسْكُنْ إلَيْه، فَلِغَيْرِهِ خِطْبَتُهَا)

الخِطْبَةُ ، بالكَسْرِ : خِطْبةُ الرَّجُلِ المرأةَ لِيَنْكِحَها . والخُطْبَةُ ، بالضَّمِّ : هى حَمْدُ اللهِ ، والتَّشَهُّد ؛ / ولا يَخْلُو حالُ المَخْطوبةِ من ثلاثةِ أقسامٍ : ٧/٧٠ظ

أحدها : أن تَسْكُنَ إلى الخاطبِ لها ، فتُجيبَه ، أو تأْذَنَ لوَلِيِّها فى إجابَتِه أو تَزْوِيجه ، فهٰذه يَحْرُمُ على غيرِ خاطِبِها خِطْبَتُها ؛ لما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « لَا يَخْطُبْ أحَدُكُم عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ » . وعن أبى هريرةَ ، عن النبى ﷺ قال : « لا يَخْطُبْ أحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أخِيهِ ، حَتَّى يَنْكِحَ أو يَتْرُكَ » . مُتَّفَقٌ عليهما[١] . ولأنَّ فى ذلك إفْسادًا على الخاطِبِ الأوَّلِ ، وإيقاعَ العَداوةِ بين النَّاسِ ، ولذلك نَهى النَّبِىُّ ﷺ عن بَيْعِ الرَّجُلِ على بَيْعِ أخيه . ولا نعلمُ فى هذا خِلافًا بين أهلِ العلمِ ، إلَّا أن قَوْمًا حَمَلُوا النَّهْىَ على الكَرَاهةِ ، والظَّاهِرُ أَوْلَى .

القسم الثانى : أن تَرُدَّهُ أو لا تَرْكَنَ إليه . فهذه يَجُوزُ خِطْبَتُها ؛ لما رَوَتْ فاطمةُ بنت قَيْسٍ ، أنَّها أتَتِ النَّبِىَّ ﷺ ، فذَكَرَتْ أنَّ مُعاويةَ وأبا جَهْمٍ خَطَبَاها ، فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « أمَّا مُعَاوِيةُ فصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَه ، وأمَّا أَبُو جَهْمٍ ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَاتِقِهِ ، أَنْكِحِى أُسَامَةَ بْنَ زَيْدٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[٢] . فخَطَبَها النَّبِىُّ ﷺ بعد إخْبارِها إيَّاه بخِطْبةِ مُعاويةَ وأبى جَهْمٍ لها ، ولأنَّ تحريمَ خِطْبَتِها على هذا الوَجْهِ إضرارٌ بها ، فإنَّه لا يشاءُ أحدٌ أن يَمْنَعَ المرأةَ النكاحَ إلَّا مَنَعَها بخِطْبَتِه إيَّاها ، وكذلك لو عَرَّضَ لها فى عِدَّتِها بالخِطْبةِ ، فقال : لا تُفَوِّتِينِى بنَفْسِكِ . وأشْباهِ هذا ، لم تَحْرُمْ خِطْبَتُها ؛ لأنَّ فى قِصَّةِ فاطمةَ أنَّ النبىَّ ﷺ

---

(١) تقدم تخريجهما فى ٦ / ٣٠٦ ، ٣٠٧ . ويعدل فى تخريج الأول صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٨ إلى ٢ / ١٠٢٩ . وعارضة الأحوذى ١ / ٤٨٠ إلى ٥ / ٧٠ .

(٢) قصة فاطمة بنت قيس تقدم تخريجها فى : ٦ / ٣٠٧ .

ويضاف إليه : أخرجها البخارى ، فى : باب قصة فاطمة بنت قيس ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٦٤ ، ٧٥ . ومسلم ، فى : باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٢ / ١١١٤ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب النهى عن خطبة الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٥ ، ١٣٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤١٢ .

قال لها : « لَا تُفوتِينَا بنَفْسِكِ » . ولم يُنْكِرْ خِطْبَةَ أبى جَهْمٍ ومُعاويةَ لها . وذَكَرَ ابنُ عبدِ البَرِّ ، أنَّ ابنَ وَهْبٍ رَوَى بإسْنادِهِ عن الحارثِ بن سعدِ بن أبى ذُبَابٍ[3] ، أنَّ عمرَ بن الخطابِ خَطَبَ امرأةً على جَرِيرِ بن عبدِ الله ، وعلى مَرْوانَ بن الحَكَمِ ، وعلى عبدِ الله بن عمرَ ، فدَخَلَ على المرأةِ وهى جالِسةٌ فى بَيْتِها ، فقال عمرُ : إن جَرِيرَ بنَ عبدِ الله يَخْطُبُ ، وهو سَيِّدُ أهْلِ المَشْرِق ، ومراونَ يَخْطُبُ ، وهو سَيِّدُ شبابِ قُرَيْشٍ ، وعبدَ الله بن عُمَرَ يخْطُبُ[4] ، وهو مَنْ قد عَلِمْتُمْ ، وعمرَ بن الخَطَّابِ ، فكَشَفَتِ المرأةُ السِّتْرَ ، فقالت : أجادٌّ أميرُ المؤمنينَ ؟ فقال : نعم . فقالت : فقد أنْكحتُ أميرَ المؤمنينَ ، فأنْكحُوه[5] . فهذا عمرُ قد خَطَبَ على واحِدٍ بعدَ واحِدٍ ، قبلَ أن يَعْلَمَ ما تقولُ المرأةُ فى الأوَّلِ .

٧١/٧و **القسم الثالث** : أن يُوجَدَ من المرأةِ ما يَدُلُّ على الرِّضَى والسُّكُونِ ، / تَعْرِيضًا لا تَصْرِيحًا ، كقَوْلِها : ما أنْتَ إلَّا رِضًى ، وما عَنْكَ رَغْبَةٌ . فهذه فى حُكْمِ القسم الأول ، لا يَحِلُّ لغيرِه خِطْبَتُها . هذا ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ، وظاهرُ كلامِ أحمدَ ؛ فإنَّه قال : إذا رَكَنَ بعضُهم إلى بعضٍ ، فلا يَحِلُّ لأحدٍ أن يَخْطُبَ . والرُّكُونُ يُسْتَدَلُّ عليه بالتَّعْرِيضِ تارةً ، وبالتَّصْرِيحِ أُخْرَى . وقال القاضى : ظاهرُ كلامِ أحمدَ إباحةُ خِطْبَتِها . وهو مذهبُ الشافعىِّ فى الجديدِ ؛ لحديثِ فاطمةَ ، حيثُ خَطَبَها النَّبِىُّ ﷺ . وزَعَمُوا أنَّ الظاهرَ من كلامِها رُكُونُها إلى أحَدِهِما . واستدلَّ القاضى بخِطْبَتِه لها قبلَ سُؤَالِها هل وجدَ منها ما دَلَّ[6] على الرِّضَى أو لا ؟ ولَنا ، عُمُومُ قولِه عليه السلام : « لا يَخْطُبْ

---

(٣) فى ا ، ب ، م : « ديان » .

وذكر الذهبى ، فى المشتبه ٢٨٣ سعد بن أبى ذباب ، وقال : له صحبة . ومن ذريته الحارث بن عبد الرحمن بن أبى ذباب المدنى . وترجمه ابن حجر ، فى تهذيب التهذيب ٢ / ١٤٧ . فسماه : الحارث بن عبد الرحمن بن عبد الله بن سعد بن أبى ذباب . فلعله ما هنا .

(٤) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٥) عزاه ابن كثير إلى ابن عساكر . انظر البداية والنهاية ٨ / ٢٥٧ .

(٦) فى ا : « يدل » .

أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ » . ولأنَّه وجد منها ما دَلَّ على الرِّضَى به ، وسُكُونِها إليه ، فحَرُمَتْ خِطْبَتُها ، كما لو صَرَّحَتْ بذلك . وأما حديثُ فاطمةَ فلا حُجَّةَ لهم فيه ، فإنَّ فيه ما يَدُلُّ على أنَّها لم تَرْكَنْ إلى واحدٍ منهما ، من وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ قد كان قال لها : « لَا تَسْبِقِينِى بنَفْسِكِ » . وفى لفظ : « لَا تُفوتِينا[7] بنَفْسِكِ » . وفى روايةٍ[8] : « إِذَا حَلَلْتِ فَآذِنِينِى » . فلم تَكُنْ لتَفْتاتَ بالإجابةِ قبلَ أن تُؤْذِنَ رسولَ الله ﷺ . والثانى ، أنَّها ذَكَرَتْ ذلك لرسولِ الله ﷺ ، كالمُسْتَشِيرةِ له فيهما ، أو فى العُدُولِ عنهما [9]إلى غيرهما[9] ، وليس فى الاسْتِشارةِ دليلٌ على تَرْجِيحِ أحدِ الأمْرَيْنِ ، ولا مَيْلٍ إلى أحدِهما ، على أنَّها إنَّما ذكَرَتْ ذلك للنبىِّ ﷺ لتَرْجِعَ إلى قوله ورأْيِه ، وقد أشارَ عليها بتَرْكِهما ؛ لما ذكَر[10] من عَيْبِهما ، فجَرَى ذلك مَجْرَى رَدِّها لهما ، وتَصْرِيحِها بمَنْعِهما . ومن وَجْهٍ آخرَ ، وهو[11] أنَّ النبىَّ ﷺ قد سَبَقَهما بخِطْبَتِها تَعْرِيضًا ، بقولِه لها ما ذكَرْنا ، فكانت خِطْبَتُه بعدَهما مَبْنِيَّةً على الخِطْبةِ السابقةِ لهما ، بخلافِ ما نحن فيه .

فصل : والتَّعْويلُ فى الرَّدِّ والإجابةِ على الوَلِىِّ إن كانت مُجْبَرَةً ، وعليها إن لم تَكُنْ مجبرةً ؛ لأنَّها أحَقُّ بنَفْسِها من وَلِيِّها ، ولو أجابَ هو ، ورَغِبَتْ عن النكاحِ ، كان الأمْرُ أمْرَها . وإن أجابَ وَلِيُّها ، فرَضِيَتْ ، فهو كإجابَتِها ، وإن سَخِطَتْ فلا حُكْمَ لإجابَتِه ؛ لأنَّ الحَقَّ لها . ولو أجابَ[12] الوَلِىُّ فى حَقِّ المُجْبَرَةِ ، فكَرِهَتْ المُجابَ ، واخْتارَتْ غيرَه ، سَقَطَ حكمُ إجابةِ وَلِيِّها ، لكَوْنِ اخْتيارِها مُقَدَّما على اخْتيارِه . وإن كَرِهَتْه ولم تُجِزْ سِواهُ ، فيَنْبَغِى أن / يَسْقُطَ حكمُ الإجابةِ أيضا ؛ لأنَّه قد أُمِرَ باسْتِئْمارِها ، ٧١/٧ ظ

(٧) فى م : « تفوتينى » .
(٨) فى ا : « لفظ » .
(٩ - ٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(١٠) فى م : « ذكرنا » .
(١١) سقط من : م .
(١٢) فى الأصل : « أجاز » .

فلا ينبغى له أن يُكْرِهَها على من[13] لا تَرْضاه . وإن أجابَتْه[14] ، ثم رَجَعَتْ عن الإجابةِ وسَخِطَتْه ، زال حكمُ الإجابةِ ؛ لأنَّ لها الرُّجُوعَ . وكذلك إذا رَجَعَ الوَلِىُّ المُجْبِرُ عن الإجابةِ ، زال حُكْمُها ؛ لأنَّ له النَّظَرَ فى أمْرِ مُوَلِّيَتِه ، ما لم يَقَعِ العَقْدُ . وإن لم تَرْجِعْ هى ولا وَلِيُّها ، لكنْ[15] تَرَكَ الخاطِبُ الخِطْبَةَ ، أو أذِنَ فيها ، جازت خِطْبَتُها ؛ لما رُوِىَ فى حديثِ ابن عمرَ ، عن النَّبِىِّ ﷺ ، أنَّه نَهَى أن يَخْطُبَ الرَّجُلُ على خِطبةِ أخِيه ، حَتَّى يَأْذَنَ[16] أو يَتْرُكَ . رواه البُخارِىُّ .

فصل : وخِطْبَةُ الرَّجُلِ على خِطْبَةِ أخِيه فى موضعِ النَّهْىِ مُحَرَّمةٌ . قال أحمدُ : لا يَحِلُّ لأحدٍ أن يَخْطُبَ فى هذه الحالِ . وقال أبو حَفْص[17] العُكْبَرِىُّ : هى مكروهةٌ غيرُ محرمةٍ ، وهذا نَهْىُ تأْدِيبٍ لا تَحْرِيمٍ . ولَنا ، ظاهرُ النَّهْىِ ، فإنَّ مُقْتَضاهُ التَّحْرِيمُ ، ولأنَّه نَهْىٌ عن الإضْرارِ بالآدَمِىِّ المَعْصُومِ ، فكان على التَّحْرِيمِ ، كالنَّهْىِ عن أكْلِ مالِه وسَفْكِ دَمِه ، فإن فَعَلَ فنِكاحُه صحيحٌ . نص عليه أحمدُ فقال : لا يُفَرَّقُ[18] بينهما . وهو[19] مذهبُ الشافعىِّ . ورُوِىَ عن مالكٍ وداودَ ، أنَّه لا يَصِحُّ . وهو قياسُ قولِ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه قال فى البَيْعِ على بَيْعِ أخِيه : هو باطِلٌ . وهذا فى معناه ، ووَجْهُه أنَّه نِكاحٌ مَنْهِىٌّ عنه ، فكان باطِلًا كنِكاحِ الشِّغارِ . ولَنا ، أنَّ المُحَرَّمَ لم يُقارِنِ[20] العَقْدَ ، فلم يُؤَثِّرْ فيه ، كما لو صَرَّحَ بالخِطْبَةِ فى العِدَّةِ .

---

(13) فى ب ، م : « ما » .

(14) فى الأصل ، ب : « أجابت » .

(15) فى م : « ولكن » .

(16) فى م زيادة : « له » .

(17) فى م : « أبو جعفر » . وتقدم فى : 1 / 141 .

(18) فى ب : « تفريق » .

(19) فى ا ، ب : « وهذا » .

(20) فى ب ، م : « يفارق » .

فصل : ولا يُكْرَه للوَلِىِّ الرُّجُوعُ عن الإجابةِ ، إذا رأى المصلحةَ لها فى ذلك ؛ لأنَّ الحَقَّ لها ، وهو نائِبٌ عنها فى النَّظَرِ لها ، فلم[21] يُكْرَهْ له الرُّجوعُ الذى رَأَى المصلحةَ فيه ، كما لو ساوَمَ فى بَيْعِ دارِها ، ثم تَبَيَّنَ له المصلحةُ فى تَرْكِها . ولا يُكْرَه لها أيضا الرجوعُ إذا كَرِهَتِ الخاطِبَ ؛ لأنَّه عَقْدُ عُمْرٍ[22] يَدُومُ الضَّرَرُ فيه ، فكان لها الاحْتِياطُ لِنَفْسِها ، والنَّظَرُ فى حَظِّها . وإن رَجَعَا عن ذلك لغيرِ غَرَضٍ[23] ، كُرِهَ ؛ لما فيه من إخْلافِ الوَعْدِ، والرُّجُوعِ عن القَوْلِ ، ولم يُحَرَّمْ؛ لأنَّ الحقَّ بعدُ لم يَلْزَمْهُما[24]، كمَن [25]ساوَمَ بسِلْعَتِه[25] ، ثم بَدَا له أن لا يَبِيعَها .

فصل : فإن كان الخاطبُ الأوَّلُ ذِمِّيًّا ، لم تُحَرَّمِ الخِطْبَةُ على خِطْبَتِه . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : لا يَخْطُبُ على خِطْبَةِ أخِيه ، ولا يُساوِمُ على سَوْمِ أخيه ، إنَّما هو للمُسْلِمينَ، ولو خَطَبَ على خِطْبَةِ يَهُودِىٍّ أو نَصْرانِىٍّ، أو اسْتامَ على سَوْمِهم، لم يَكُنْ داخلًا فى ذلك ؛ لأنَّهم ليسوا بإخْوَةٍ للمُسْلِمينَ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : لا يجوزُ أيضا ؛ لأنَّ / هذا خَرَجَ مَخْرَجَ الغالِبِ ، لا لِتَخْصِيصِ المُسْلِمِ به . ولَنا ، أنَّ لَفْظَ النَّهْىِ خاصٌّ فى المسلمينَ ، وإلْحاقُ غيرِه به إنَّما يَصِحُّ إذا كان مِثْلَه ، وليس الذِّمِّىُّ كالمُسْلِمِ ، ولا حُرْمَتُه كحُرْمَتِه ، ولذلك لم تَجِبْ إجابَتُهم فى دَعْوةِ الوَلِيمةِ ونحوِها . وقولُه : خَرَجَ مَخْرَجَ الغالِبِ . قُلْنا: متى كان فى المَخْصُوصِ بالذِّكْرِ مَعْنًى يصلُحُ[26] أن يُعْتَبَرَ فى الحُكْمِ، لم يَجُزْ حَذْفُه ولا تَعْدِيةُ الحُكْمِ بدُونِه ، [27]والأُخُوَّةُ الإسْلامِيَّةُ لها[27] تأْثِيرٌ فى وُجُوبِ

٧٢/٧و

(٢١) فى م : « فلا » .

(٢٢) فى م : « عمرى » .

(٢٣) فى ا ، ب : « عذر » .

(٢٤) فى الأصل ، ب : « يلزمها » .

(٢٥ – ٢٥) فى م : « سام سلعة » .

(٢٦) فى م : « يصح » .

(٢٧ – ٢٧) فى م : « وللأخوة الإسلامية » .

الاحْتِرامِ ، وزِيادةِ الاحْتِياطِ فى رِعايةِ حُقُوقِه ، وحِفْظِ قَلْبِه ، واسْتِبْقاءِ مَوَدَّتِه ، فلا يجوزُ خِلافُ[٢٨] ذلك . واللهُ أعلم .

١١٦٥ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ عَرَّضَ لَهَا وَهِىَ فِى الْعِدَّةِ ، بِأَنْ يَقُولَ : إِنِّى فِى مِثْلِكِ لَرَاغِبٌ . وَإِنْ قُضِىَ شَىْءٌ كَانَ . وَمَا أَشْبَهَهُ مِنَ الْكَلَامِ ، مِمَّا يَدُلُّهَا[١] عَلَى رَغْبَتِهِ فِيهَا ، فَلَا بَأْسَ إِذَا لَمْ يُصَرِّحْ**)

وجملةُ ذلك أن المُعْتَدَّاتِ[٢] على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ مُعْتَدَّةٌ من وَفاةٍ ، أو طَلَاقٍ ثلاثٍ ، أو فَسْخٍ لِتَحْرِيمِها على زَوْجِها ، كالفَسْخِ بِرَضَاعٍ ، أو لِعَانٍ ، أو نحوِه[٣] ممَّا لا تَحِلُّ بعدَهُ[٤] لِزَوْجِها ، فهذه يجوزُ التَّعْرِيضُ بخِطْبَتِها فى عِدَّتِها ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَاءِ ﴾[٥] . ولما رَوَتْ فاطِمةُ بنتُ قَيْسٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قال لها لمَّا طَلَّقَها زَوْجُها ثلاثًا : « إِذَا حَلَلْتِ فَآذِنِينِى » . وفى لفظ : « لَا تَسْبِقِينِى بِنَفْسِكِ » . وفى لفظ : « لَا تُفَوِّتِينَا بِنَفْسِكِ »[٦] . وهذا تَعْرِيضٌ بخِطْبَتِها فى عِدَّتِها . ولا يجوزُ التَّصْرِيحُ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى لما خَصَّ التَّعْرِيضَ بالإِباحةِ[٧] ، دَلَّ على تَحْرِيمِ التَّصْرِيحِ ، ولأنَّ التَّصْرِيحَ لا يَحْتَمِلُ غيرَ النِّكاحِ ، فلا يُؤْمَنُ أن يَحْمِلَها الحِرْصُ عليه على الإِخْبارِ بانْقِضاءِ عِدَّتِها قبلَ انْقِضائِها ، والتَّعْرِيضُ بخِلافِه . القسم الثانى ، الرَّجْعِيَّةُ ، فلا يَحِلُّ لأحدٍ التَّعْرِيضُ بخِطْبَتِها ، ولا التَّصْرِيحُ ؛ لأنَّها فى حُكْمِ الزَّوْجاتِ ، فهى كالتى

---

(٢٨) فى ا ، ب : « صرف » .
(١) فى الأصل : « يدل » . وفى ب : « يدله » .
(٢) فى م : « المعتقدات » .
(٣) فى ا ، ب : « ونحوه » .
(٤) فى م : « بعد » .
(٥) سورة البقرة ٢٣٥ .
(٦) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٣٠٧ ، ٣٠٨ .
(٧) فى الأصل : « بالإجابة » .

فى صُلْبِ نِكاحِه . القسم الثالث ، بائِنٌ يَحِلُّ لزَوْجِها نِكاحُها ، كالمُخْتَلِعةِ ، والبائِنِ بفَسْخٍ[8] لعَيْبٍ[9] أو إعسارٍ ونحوِه ، فلِزَوْجِها التَّصْريحُ بخِطْبَتِها والتعريضُ ؛ لأنَّها مُباحٌ[10] له نِكاحُها فى عِدَّتها ، فهى كغيرِ المُعْتَدَّةِ . وهل يجوزُ لغيرِه التَّعريضُ بخِطْبَتِها ؟ فيه وَجْهان . وللشافعىِّ فيه أيضا قَوْلان ؛ أحدهما ، يجوزُ ؛ لعُمومِ الآيةِ ، ولأنَّها بائِنٌ فأشْبَهَتِ المُطلَّقةَ ثلاثًا . والثانى ، لا يجوزُ ؛ لأنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ أن يَسْتَبِيحَها ، فهى كالرَّجْعِيَّةِ . والمَرْأةُ فى الجَوابِ ، كالرجلِ فى الخِطْبَةِ ، فيما يَحِلُّ ويَحْرُمُ ؛ لأنَّ الخِطْبَةَ للعَقْدِ ، فلا يخْتلفان فى حِلِّه وحُرْمَتِه ؛ /إذا ثَبَتَ هذا ، فالتَّعْريضُ أن يقول : إنِّى فى مِثْلِكِ لرَاغِبٌ . ورُبَّ راغبٍ فيكِ . وقال القاسمُ بن محمدٍ : التَّعْريضُ أن يقولَ : إنَّكِ عَلَىَّ لَكَرِيمَةٌ . وإنِّى فيكِ لَراغبٌ . وإنَّ اللهَ لسائِقٌ إليك خَيْرًا أو رِزْقًا . وقال الزُّهْرِىُّ : أنتِ جَمِيلةٌ . وأنتِ مَرْغُوبٌ فيكِ . وإن قال : لا تَسْبِقِينا بنَفْسِكِ . أو لا تَفُوتِينَا بنَفسِكِ . أو إذا حَلَلْتِ فآذِنِينِى . ونحو ذلك ، جازَ . قال مجاهدٌ : مات رجلٌ ، وكانت امرأتُه تَتْبَعُ الجِنازَةَ ، فقال لها[11] رَجُلٌ : لا تَسْبِقِينا بنَفْسِكِ . فقالتْ : سَبَقَكَ غيرُكَ . وتُجِيبُه المرأةُ : إن قُضِىَ شىءٌ كان.. وما نَرْغَبُ عنك. وما أشْبَهَهُ. والتَّصريحُ : هو اللفظُ الذى لا يَحْتَمِلُ غيرَ النكاحِ ، نحو أن يقولَ : زَوِّجِينِى نَفْسَكِ . أو إذا[12] انْقَضَتْ عِدَّتُكِ تَزَوَّجْتُكِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ هذا معنَى قولِه تعالى : ﴿ وَلَٰكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا ﴾[13] . فإنَّ النكاحَ يُسَمَّى سِرًّا ، قال الشاعر[14] .

٧٢/٧ظ

فلَنْ تَطْلُبُوا سِرَّهَا لِلْغِنَى ... ولن تُسْلِمُوها لإزْهادِها[15]

---

(٨) فى النسخ : « بفسخ » .

(٩) فى م : « لغيبة » .

(١٠) فى ا ، ب ، م : « مباحة » .

(١١) سقط من : م .

(١٢) فى الأصل ، ا ، ب : « وإذا » .

(١٣) سورة البقرة ٢٣٥ .

(١٤) هو الأعشى ، والبيت فى ديوانه ٧٥ .

(١٥) فى م : « سرها للفتى » . ومعنى إزهادها : زهدا فيها لفقرها .

وقال الشافعيُّ : السِّرُّ : الجِماعُ[16] . وأنشد لِامْرِئِ القَيْسِ :

أَلَا زَعَمَتْ بَسْبَاسَةُ القَوْمِ أَنَّنِي كَبِرْتُ وأن لا يُحْسِنَ السِّرَّ أَمْثالِي[17]

ومُواعَدَةُ السِّرِّ أن يقولَ : عندِي جماعٌ يُرْضِيكِ . ونحوه ، وكذلك إن قال : رُبَّ جماعٍ يُرْضِيكِ . فنُهِيَ عنه لما فيه من الهُجْرِ والفُحْشِ والدَّناءةِ والسُّخْفِ .

فصل : فإن صَرَّحَ بالخِطْبَةِ ، أو عَرَّضَ فى موضعٍ يَحْرُمُ[18] التعريضُ ، ثم تَزَوَّجَها[19] بعدَ حِلِّها ، صَحَّ نِكاحُه . وقال مالكٌ : يُطَلِّقُها تَطليقةً ، ثم يتزوَّجُها . وهذا غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ هذا المُحَرَّمَ لم يُقارِنِ[20] العَقْدَ ، فلم يُؤَثِّرْ فيه ، كما فى النِّكاحِ الثانى ، أو كما لو رآها مُتَجَرِّدةً ثم تزوَّجَها .

فصل : ويَحْرُمُ على العبدِ نِكاحُ سَيِّدَتِه . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّ نِكاحَ المرأةِ عَبْدَها باطِلٌ . وروى الأَثْرَمُ ، بإسنادِه عن أبى الزُّبَيْرِ ، قال : سألتُ جابرًا عن العَبْدِ يَنْكِحُ سَيِّدَتَه ، فقال : جاءتِ امرأةٌ إلى عمرَ بن الخَطَّابِ ، ونحن بالْجابِيَةِ[21] ، وقد نَكَحَتْ عَبْدَها ، فانْتَهرَها عمرُ ، وهَمَّ أن يَرْجُمَها ، وقال : لا يَحِلُّ لكِ[22] . ولأنَّ أحْكامَ النِّكاحِ مع أحكامِ المِلْكِ[23] يتنافيانِ ، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَقْتَضِى أن يكونَ الآخرُ بحُكْمِه ، يُسافِرُ بسَفَرِه ، ويُقِيمُ بإقامَتِه ، ويُنْفِقُ عليه ، فيَتنافَيان .

---

(16) فى ب : « النكاح » .

(17) البيت فى ديوانه 28 . وفيه : « بسباسة اليوم وبسباسة : امرأة عيرته بالكبر .

(18) فى الأصل : « تحريم » .

(19) فى م : « تزويجها » .

(20) فى ا ، ب : « يفارق » .

(21) الجابية : قرية من أعمال دمشق ، ثم من أعمال الجيدور من ناحية الجولان . معجم البلدان 2 / 3 .

(22) أخرجه البيهقى ، فى : باب النكاح وملك اليمين لا يجتمعان ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى 7 / 127 . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى المرأة تزوج عبدها ، السنن 1 / 192 .

(23) فى الأصل : « المملوك » .

فصل : وليس للسَّيِّدِ أن يتزوَّجَ أَمَتَه ؛ لأَنَّ مِلْكَ الرَّقَبةِ يُفِيدُ مِلْكَ المَنْفَعةِ ، وإباحةَ البُضْعِ ، فلا يَجْتَمِعُ معه عَقْدٌ أَضْعَفُ منه . ولو مَلَكَ زَوْجَتَه وهى أَمَةٌ ، / انْفَسَخَ نِكاحُها . وكذلك لو مَلَكَتِ المرأةُ زَوْجَها ، انفسخَ نِكاحُها . ولا نعلمُ فى هذا خِلافًا[٢٤] . ولا يجوزُ أن يتزوَّجَ أَمَةً له فيها مِلْكٌ . ولا يتزوَّجُ مُكاتَبَتَه ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه .

٧٣/٧و

فصل : ولا يجوزُ للحُرِّ أن يتزوَّجَ أَمَةَ ابْنِه ؛ لأنَّ له فيها شُبْهةَ مِلْكٍ[٢٥] . وهذا قولُ أهلِ الحجازِ . وقال أهلُ العِراقِ : له ذلك ؛ لأنَّها ليستْ مملوكةً له ، ولا تُعْتَقُ بإعْتاقِه لها . ولَنا ، قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « أَنْتَ ومَالُكَ لأَبِيكَ »[٢٦] . ولأنَّه لو مَلَكَ جُزْءًا من أَمَةٍ ، لم يَصِحَّ نِكاحُه لها ، فما هى مُضافةٌ إليه بجُمْلَتِها شَرْعًا أَوْلَى بالتحريمِ . وكذلك لا يجوزُ للعبدِ نِكاحُ أُمِّ سَيِّدِه أو سَيِّدَتِه[٢٧] ، مع ما ذكَرْنا من الخِلافِ . ويجوزُ للعبدِ [٢٨]أن يتزوَّجَ[٢٨] أَمَةَ ابْنِه ؛ لأنَّ الرِّقَّ قطَع[٢٩] وِلايَتَه عن أَبِيه ومالِه ، ولهذا لا يَلِى مالَه ولا نِكاحَه ، ولا يَرِثُ أحَدُهُما صاحِبَه ، فهو كالأَجْنَبِىِّ منه .

فصل : وللابْنِ نِكاحُ أَمَةِ أبِيه ؛ لأنَّه لا مِلْكَ له فيها ، ولا شُبْهةَ مِلْكٍ ، فأشْبَهَ الأَجْنَبِىَّ ، وكذلك سائرُ القَراباتِ . ويجوزُ أن يُزَوِّجَ الرَّجُلُ ابنتَه لمَمْلُوكِه ، إذا قُلْنا : ليست الحُرِّيَّةُ شَرْطًا فى الصِّحَّةِ . ومتى مات الأبُ ، فورِثَ أحَدُ الزَّوْجينِ صاحِبَه ، أو جُزْءًا منه ، انْفَسَخَ النِّكاحُ . وكذلك إن مَلَكَه أو جُزْءًا منه بغيرِ الإرْثِ . لا نعلمُ فيه خِلافًا ، إلَّا أنَّ الحسنَ قال : إذا اشْتَرَى امرأتَه لِلْعِتْقِ ، فأعْتَقَها حين مَلَكَها ، فهما على نِكاحِهما . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّهما مُتنافِيانِ ، فلا يَجْتَمِعانِ قليلًا ولا كثيرًا ، فبمُجَرَّدِ

---

(٢٤) فى ا ، ب : « اختلافا » .

(٢٥) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢٦) تقدم تخريجه فى : ٨ / ٢٧٣ .

(٢٧) فى الأصل : « ولا سيدته » .

(٢٨ – ٢٨) فى الأصل : « نكاح » .

(٢٩) فى م : « يقطع » .

المِلْكِ لها انْفَسَخَ نِكاحُه سابقًا على عِتْقِها . وحُكْمُ المُكاتَبِ يتزَوَّجُ بِنْتَ سَيِّدِه أو سَيِّدَتِه ، حكمُ العبدِ ، فى أنَّه إذا مات سَيِّدُه ، انْفَسَخَ نِكاحُه . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : النِّكاحُ بحالِه ؛ لأنَّها لم[٣٠] تَمْلِكْه ، إنَّما لها عليه دَيْنٌ . وليس بصحيحٍ ؛ فإنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « المُكاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِىَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ »[٣١] . ولأنَّه لو زال المِلْكُ عنه ، لَمَا عاد[٣٢] بعَجْزِه ، كما لو أُعْتِقَ .

فصل : وإذا مَلَكَتِ المرأةُ زَوْجَها أو بعضَه ، فانْفسخَ نِكاحُها ، فليس ذلك بطلاقٍ ، فمتى أعْتَقَتْهُ[٣٣] ، ثم تزوَّجَها ، لم تُحْتَسَبْ عليه بتَطْلِيقةٍ . [٣٤]وبهذا قال الحَكَمُ ، وحمَّادٌ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وإسحاقُ . وقال الحسنُ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ ، والأوْزاعىُّ : هى تَطْلِيقةٌ[٣٤] . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّه لم يَلْفِظْ بطَلاقٍ صريحٍ ولا كِنايةٍ ، وإنَّما انْفَسخَ النِّكاحُ بوُجُودِ ما يُنافِيه ، فأشْبَهَ انْفِساخَه بإسْلامِ أحَدِهما أو رِدَّتِه . ولو مَلَكَ الرجلُ بعضَ زَوْجَتِه ، انفسخَ نِكاحُها ، / وحَرُمَ وَطْؤُها ، فى قولِ عامَّةِ المُفْتِينَ ، حتى يَسْتَخْلِصَها ، فتَحِلَّ له بمِلْكِ اليمينِ . ورُوِىَ[٣٥] عن قَتادةَ أنَّه قال : لم يَزِدْه مِلْكُه فيها إلَّا قُرْبًا . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يَبْقَى فى بَعْضِها ، ومِلْكَه لم يَتِمَّ عليها ، ولا يَثْبُتُ الحِلُّ فيما لا يَمْلِكُه ولا نِكاحَ فيه .

٧٣/٧ ظ

فصل : ولا يجوزُ للرجلِ وَطْءُ جارِيةِ ابْنِه ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ ﴾[٣٦] . وليست هذه زَوْجةً له ، ولا مَمْلُوكَتَه[٣٧] ، ولأنَّه يَحِلُّ لابْنِه

---

(٣٠) فى م : « لا » .

(٣١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٤ .

(٣٢) فى الأصل : « زال » .

(٣٣) فى م : « أعتقه » .

(٣٤ - ٣٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٥) فى ب ، م : « روى » .

(٣٦) سورة المؤمنون ٦ وسورة المعارج ٣٠ .

(٣٧) فى الأصل ، ب : « مملوكة » .

وَطْؤُها ، ولا تَحِلُّ المرأةُ لِرَجُلَيْنِ . فإن وَطِئَها ، فلا حَدَّ عليه . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال داودُ : يُحَدُّ . وقال بعضُ الشَّافعيَّةِ : إن كان ابْنُه وَطِئَها حُدَّ ؛ لأنَّها مُحَرَّمةٌ عليه على التَّأْبِيدِ . ولَنا ، أنَّ له فيها شُبْهةً ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَنْتَ وَمالُكَ لِأَبِيكَ » . والحَدُّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، ولأنَّ الأبَ لا يُقْتَلُ بقَتْلِ ابنِه ، والقِصَاصُ حَقُّ آدَمِيٍّ ، فإذا سَقَطَ بشُبْهةِ[38] المِلْكِ ، فالحَدُّ الذى هو حَقُّ الله تعالى بطريقِ الأَوْلَى ، ولأنَّه لا يُقْطَعُ بسَرِقةِ مالِه ، ولا يُحَدُّ بقَذْفِه ، فكذلك لا يُحَدُّ بالزِّنَى بجارِيَتِه . فإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّها تُحَرَّمُ على الابْنِ على التأْبِيدِ . وإن كان الابْنُ قد[39] وَطِئَها ، حُرِّمَتْ عليهما على التأْبِيدِ . وإذا لم تَعْلَقْ من الأَبِ ، لم يَزُلْ مِلْكُ الابْنِ عنها ، ولم يَلْزَمْه قِيمَتُها . وقال أبو حنيفةَ : يَلْزَمُه ضَمانُها ؛ لأنَّه أَتْلَفَها عليه ، وحَرَّمَه وَطْأَها ، فأَشْبَهَ ما لو قَتَلَها[40] . ولَنا ، أنَّه لم يُخْرِجْها عن مِلْكِه ، ولم تَنْقُصْ قِيمَتُها ، فأَشْبَهَ ما لو أَرْضَعَتْها[41] امْرَأَتُه ، فإنَّها تُحَرَّمُ على الابْنِ ، ولا يَجِبُ له ضَمانُها . وإن عَلِقَتْ منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، يَلْحَقُ به النَّسَبُ ؛ لأنَّه من وَطْءٍ لا يَجِبُ به الحَدُّ ، لأَجْلِ الشُّبْهةِ ، فأَشْبَه وَلَدَ الجارِيةِ المُشْتَرَكةِ ، وتَصِيرُ الجارِيةُ أُمَّ وَلَدٍ للأَبِ . وقال الشافعىُّ ، فى أحدِ قَوْلَيْه : لا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّها غيرُ مَمْلُوكةٍ له ، فأَشْبَهَ ما لو وَطِئَ جارِيةَ أجنبىٍّ بشُبْهةٍ . ولَنا ، أنَّها عَلِقَتْ منه بحُرٍّ لأَجلِ المِلْكِ ، فأَشْبهتِ الجارِيةَ المُشْتَرَكةَ إذا كان مُوسِرًا . قال أصحابُنا : ولا يَلْزَمُ الأَبَ قِيمةُ الجارِيةِ ، ولا قِيمةُ وَلَدِها ولا مَهْرُها . وقال الشافعىُّ : يَلْزَمُه ذلك كلُّه ، إذا حُكِمَ بأنَّها أُمُّ وَلَدٍ . وهذا يَنْبَنِى[42] على أصْلٍ ، وهو أنَّ للأَبِ أن يَتَمَلَّكَ من مالِ وَلَدِه ما شاءَ ، وأنَّه ليس للابْنِ مُطَالبةُ أَبِيه بدَيْنٍ له عليه ، ولا قِيمَةِ مُتْلَفٍ ، وعندَهم بخِلافِ

---

(38) فى الأصل ، ب : « لشبهة » .

(39) سقط من : ب .

(40) فى ا ، ب ، م : « قبلها » .

(41) فى ب ، م : « أرضعها » .

(42) فى م : « بينى » .

ذلك ، وهذا يُذْكَرُ فى موضعٍ آخَرَ ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإن وَطِئَ الابْنُ جاريةَ أبيه ، عالِمًا بتحْريمِ ذلك ، فعليه الحَدُّ ، ولا يَلْحَقُه النَّسَبُ ، ولا تَصِيرُ به الجاريةُ أمَّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه لا مِلْكَ / له ، ولا شُبْهةَ مِلْكٍ ، فأشْبَهَ وَطْءَ الأجْنَبِيَّةِ ، وكذلك سائرُ الأقارِبِ .

٧٤/٧و

فصل : وإن وَطِئَ الأبُ وابْنُه جاريةَ الابْنِ فى طُهْرٍ واحدٍ ، فأتَتْ بوَلَدٍ أُرِىَ القافةَ ، فأُلْحِقَ بمن أَلْحَقَتْه به منهما ، وصارَتْ أمَّ وَلَدٍ له ، كما لو انْفردَ بوَطْئِها . وإن أَلْحَقَتْه بهما ، [٤٣]لَحِقَ بهما[٤٣] . وإن أَوْلَدَها أحَدُهما بعدَ الآخرِ ، فهى أُمُّ وَلَدٍ للأوَّلِ منهما خاصَّةً ؛ لأنَّها بوِلَادَتِها منه صارت له أُمَّ وَلَدٍ ، لِانْفِرادِه بإيلادِها ، فلا تَنْتَقِلُ[٤٤] بعدَ ذلك إلى غيرِه ؛ لأنَّ أُمَّ الوَلَدِ لا يَنْتَقِلُ[٤٥] المِلْكُ فيها إلى غيرِ مالِكِها . وقد نُقِلَ عن أحمدَ ، فى رَجُلٍ وَقَعَ على جاريةِ ابْنِه ، فإن كان الأبُ قابِضًا لها ، ولم يكُنْ الابْنُ وَطِئَها ، فأَحْبَلَها الأبُ ، فالوَلَدُ وَلَدُه ، والجاريةُ له ، وليس للابْنِ فيها شىءٌ . قال القاضى : ظاهِرُ هذا أنَّ الابْنَ إن كان وَطِئَها ، لم تَصِرْ أمَّ وَلَدٍ للأبِ ، لأنَّه يَحْرُمُ عليه وَطْؤُها وأخْذُها ، فتكونُ قد عَلِقَتْ بمَمْلُوكٍ . وإن كان الأبُ قَبَضَها ، ولم يكُنِ الابنُ وَطِئَها ، مَلَكَها ؛ لأنَّ للأبِ أن يأْخذَ من مالِ وَلَدِه ما زاد على قَدْرِ نَفَقَتِه ، ولم تَتَعلَّقْ به حاجَتُه ، فيتَملَّكُه .

(٤٣ - ٤٣) سقط من : ا ، م .

(٤٤) فى م : « تنقل » .

(٤٥) فى م : « ينقل » .

بسم الله الرحمن الرحيم

باب نِكاحِ أهْلِ الشِّرْك

أَنْكِحَةُ الكُفّارِ صحيحةٌ، يُقَرُّونَ عليها إذا أَسْلَمُوا أو تَحاكَمُوا إلينا، إذا كانت المرأةُ ممَّن يجوزُ ابْتِداءُ نِكاحِها فى الحالِ، ولا يُنْظَرُ إلى[1] صِفَةِ عَقْدِهِم وكَيْفِيَّتِه، ولا يُعْتَبَرُ له شروطُ أَنْكِحَةِ المسلمينَ، من الوَلِيِّ، والشُّهودِ، وصِيغةِ الإيجابِ والقَبُولِ، وأشْباهِ ذلك. بلا خِلافٍ بين المسلمينَ. قال ابنُ عبدِ البَرِّ: أَجْمَعَ العلماءُ على أنَّ الزَّوْجَيْنِ إذا أسْلَما معًا، فى حالٍ واحدةٍ، أنَّ لهما المُقامَ على نِكاحِهما[2]، ما لم يَكُنْ بينهما نَسَبٌ ولا رَضاعٌ. وقد أسْلَمَ خَلْقٌ فى عَهْدِ رسولِ الله ﷺ، وأسْلَم نِساؤُهم، وأُقِرُّوا على أنْكِحَتِهِم، ولم يَسْأَلْهُمُ رسولُ الله ﷺ عن شُرُوطِ النكاحِ، ولا كَيْفِيَّتِه، وهذا أمْرٌ عُلِمَ بالتَّواتُرِ والضَّرُورةِ، فكان يَقِينًا، ولكن يُنْظَرُ فى الحالِ، فإن[3] كانت المرأةُ على صِفَةٍ يجوزُ له ابْتِداءُ نِكاحِها، أُقِرَّ، وإن كانتْ ممَّن لا يجوزُ ابْتِداءُ نِكاحِها، كأحَدِ المُحَرَّماتِ بالنَّسَبِ أو السَّبَبِ، أو المُعْتَدَّةِ[4]، والمُرْتَدَّةِ، والوَثَنِيَّةِ، والمَجُوسِيَّةِ، والمُطَلَّقَةِ ثلاثًا، لم يُقَرَّا[5]. وإن تزَوَّجَها فى العِدَّةِ، وأسْلَما بعدَ انْقِضائِها، أُقِرَّا[6]؛ لأنَّها يجوزُ ابْتِداءُ نِكاحِها.

١١٦٦ – مسألة؛ قال أبو القاسمِ: (**وَإذَا أَسْلَمَ الْوَثَنِىُّ، وقَدْ تَزَوَّجَ بأَرْبَعِ وَثَنِيَّاتٍ، ولَمْ يَدْخُلْ بِهِنَّ، /بِنَّ مِنْهُ، وكَانَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ مَا سَمَّى لَهَا إنْ كَانَ**) ٧٤/٧ظ

(١) سقط من: م.
(٢) فى م: «نكاحها».
(٣) فى م: «فإذا».
(٤) فى الأصل: «العدة».
(٥) فى م: «يقر».
(٦) فى ا، م: «أقر».

حَلَالًا ، أَوْ نِصْفُ صَدَاقِ مِثْلِهَا إِنْ كَانَ مَا سَمَّى لَهَا حَرَامًا . وَلَوْ أَسْلَمَ النِّسَاءُ قَبْلَه ، وقَبْلَ الدُّخولِ ، بِنَّ مِنْهُ أَيْضًا ، ولَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ . فَإِنْ كَانَ إِسْلَامُهُ وإِسْلَامُهُنَّ قَبْلَ الدُّخولِ مَعًا ، فَهُنَّ زَوْجَاتٌ . فَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهِنَّ ، ثُمَّ أَسْلَم ، فَمَنْ لَمْ تُسْلِمْ مِنْهُنَّ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِها حَرُمَتْ عَلَيْهِ مُنْذُ اخْتَلَفَ الدِّينَانِ)

فى هذه المسألة فصولٌ خمسةٌ :

أحدها : أنَّه إذا أسْلَمَ أحدُ الزَّوْجينِ الوَثَنِيَّيْنِ أو المَجُوسِيَّيْنِ، أو كِتَابِىٌّ مُتَزَوِّجٌ[(1)] بِوَثَنِيَّةٍ أو مَجُوسِيَّةٍ قبلَ الدُّخولِ ، تُعُجِّلَتِ الفُرْقَةُ بينهما من حين إسْلامِه ، ويكونُ ذلك فَسْخًا لا طَلَاقًا . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : لا تُتَعَجَّلُ الفُرْقَةُ ، بل إن كانا[(2)] فى دارِ الإسْلامِ ، عُرِضَ الإسْلامُ على الآخَرِ ، فإن أَبَى وَقَعَتِ الفُرْقَةُ حِينَئِذٍ ، وإن كانا فى دارِ الحَرْبِ ، وَقَفَ ذلك على انْقِضاءِ عِدَّتِها ، فإن لم يُسْلِم الآخَرُ ، وَقَعَتِ الفُرْقةُ . فإن كان الإباءُ من الزَّوْجِ ، كان طَلاقًا ؛ لأنَّ الفُرْقَةَ حَصَلَتْ من قِبَلِه ، فكان طَلَاقًا ، كما لو لَفَظَ به ، وإن كان من المرأةِ ، كان فَسْخًا ؛ لأنَّ المرأةَ لا تَمْلِكُ الطَّلاقَ . وقال مالكٌ : إن كانت هى المسلمةَ ، عُرِضَ عليه الإسلامُ ، فإن أسْلَمَ ، وإلَّا وقعتِ الفُرْقةُ ، وإن كان هو المسلمَ ، تُعُجِّلَتِ الفرقةُ ؛ لقولِه سبحانه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾[(3)] . ولَنا ، أنَّه اخْتِلافُ دِينٍ يَمْنَعُ الإقْرارَ على النِّكاحِ ، فإذا وُجِدَ قبلَ الدُّخولِ ، تُعُجِّلتِ الفرقةُ ، كالرِّدَّةِ . وعلى مالكٍ كإسْلامِ الزَّوْجِ ، أو كما لو أبَى الآخَرُ الإسلامَ ، ولأنَّه إن كان هو المسلمَ ، فليس له[(4)] إمساكُ كافرةٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ . وإن كانت هى المُسْلِمةَ ، فلا يجوزُ إبقاؤُها فى[(5)] نكاحِ

(1 – 1) فى م : « يتزوج » .

(2) فى الأصل : « كان ذلك » .

(3) سورة الممتحنة 10 .

(4) فى ا : « عليه » .

(5) فى ب ، م : « على » .

مُشْرِكٍ . ولَنا ، على أنَّهافُرْقةُ فَسْخٍ ، أنَّها فُرْقةٌ باخْتِلافِ الدِّينِ ، فكانَتْ[6] فَسْخًا ، كما لو أسْلَم الزوجُ وأبَتِ المرأةُ ، ولأنَّها فرقةٌ بغيرِ لَفْظٍ ، فكانت فَسْخًا ، كفُرْقةِ الرَّضاعِ .

الفصل الثانى : أنَّ الفُرْقةَ إذا حصَلَتْ قبلَ الدُّخولِ بإسْلامِ الزَّوْجِ ، فللمرأةِ نِصْفُ المُسَمَّى إن كانت التَّسْمِيةُ صحيحةً ، أو نِصْفُ مَهْرِ مِثْلِها إن كانت فاسدةً ، مثل أن يُصْدِقَها خَمْرًا أو خِنْزِيرًا ؛ لأنَّ الفُرْقةَ حصَلتْ بفِعْلِه ، وإن كانت بإسلامِ المرأةِ ، فلا شىءَ لها ؛ لأنَّ الفُرْقةَ من جِهَتِها . وبهذا قال الحسنُ ، ومالكٌ ، والزُّهْرِيُّ ، والأوْزاعىُّ ، وابن شُبْرُمةَ ، والشافعىُّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، أنَّ لها نِصْفَ المَهْرِ إذا كانت هى المُسْلِمةَ . واخْتارها أبو بكرٍ . وبه قال قَتادةُ ، والثَّوْرِىُّ . ويَقْتَضِيه قولُ / أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ الفُرْقةَ حصَلتْ من قِبَلِه بإبائِه الإسلامَ ، وامْتِناعِه منه ، وهى فَعَلَتْ ما فَرَضَ اللهُ عليها ، فكان لها نِصْفُ ما فَرَضَ اللهُ لها ، كما لو عَلَّقَ طَلَاقَها على الصَّلاةِ فصَلَّتْ . ونُقِلَ عن أحمدَ ، فى مَجُوسِىٍّ أسْلَمَ قبلَ أن يَدْخُلَ بامْرأتِه : لا شىءَ لها من الصَّدَاقِ . ووَجْهُها[7] ما ذكرناه ، ووَجْه الأُولَى[8] أنَّ الفُرْقةَ حصَلتْ باخْتِلافِ الدِّينِ ، واختلافُ الدِّينِ حَصَلَ بإسْلامِها ، فكانت الفُرْقةُ حاصِلةً بفِعْلِها ، فلم يَجِبْ لها شىءٌ ، كما لو ارْتَدَّتْ ، ويفارِقُ تَعْلِيقَ الطَّلاقِ ، فإنَّه من جِهَةِ الزَّوْجِ ، ولهذا لو عَلَّقَه على دُخُولِ الدارِ فدَخَلَتْ ، وَقَعَتِ الفُرْقةُ ، ولها نِصْفُ المَهْرِ .

٧/٧٥و

الفصل الثالث : أنَّ الزَّوْجينِ إذا أسْلَما معًا ، فهما على النِّكاحِ ، سواءٌ كان قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه . وليس بين أهلِ العلمِ فى هذا اختلافٌ بحَمْدِ الله . ذَكَر ابنُ عبد البَرِّ أنَّه إجماعٌ من أهلِ العلمِ ؛ وذلك لأنَّه لم يُوجَدْ منهم اختلافُ دِينٍ . وقد رَوَى أبو داودَ[9] ، عن ابن عباسٍ ، أن رَجُلًا جاء مُسْلِمًا على عهدِ رسولِ الله ﷺ ، ثم جاءت امرأتُه

---

(٦) فى الأصل ، ا ، ب : « فكان » .

(٧) فى ا ، ب ، م : « ووجهه » . ووجهها . أى الرواية .

(٨) فى ب ، م : « الأول » .

(٩) فى : باب إذا أسلم أحد الزوجين ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٨ .

مُسْلِمةً بعدَه ، فقال : يا رسولَ الله ، إنَّها كانت أَسْلَمَتْ معى . فرَدَّها عليه ، ويُعْتَبَرُ تَلَفُّظُهما بالإسْلامِ دَفْعةً واحدةً ، لئَلَّا يَسْبِقَ أحَدُهُما صاحِبَه ، فيَفْسُدَ النِّكاحُ . ويَحْتَمِلُ أن يَقِفَ على المَجْلِسِ ، كالقَبْضِ ونحوِه ، فإنَّ حُكْمَ المَجْلِسِ كلِّه حُكْمُ حالةِ العَقْدِ ، ولأنَّه يَبْعُدُ[10] اتِّفاقُهما على النُّطْقِ بكَلِمةِ الإسلامِ دَفْعةً واحدةً ، فلو اعْتُبِرَ ذلك ، لوقَعَتِ الفُرْقةُ بين كلِّ مُسْلِمَيْنِ قبلَ الدُّخولِ ، إلَّا فى الشَّاذِّ النَّادرِ ، فيَبْطُلُ[11] الإجْماعُ .

الفصل الرابع : أنَّه إذا كان إسلامُ أحدِهما بعدَ الدخولِ ، ففيه عن أحمدَ رِوَايتان ؛ إحداهما ، يَقِفُ على انقضاءِ العِدَّةِ ، فإن أَسْلَمَ الآخَرُ قبلَ انْقِضائِها ، فهما على النكاحِ ، وإن لم يُسْلِمْ حتى انْقَضتِ العِدَّةُ ، وَقَعتِ الفُرْقةُ منذُ اخْتَلَفَ الدِّينانِ ، فلا يَحْتاجُ إلى اسْتِئنافِ العِدَّةِ . وهذا قولُ الزُّهْرِيِّ ، واللَّيثِ ، والحسنِ بن صالحٍ ، والأوْزاعِيِّ ، والشافعيِّ ، وإسحاقَ . ونحوُه عن مُجاهِدٍ ، وعبدِ الله[12] بن عمرَ ، ومحمدِ ابن الحسنِ . والرواية الثانيةُ ، تُتَعَجَّلُ الفُرْقَةُ . وهو اخْتيارُ الخَلَّالِ وصاحِبِه ، وقولُ الحسنِ ، وطاوُسٍ ، وعِكْرِمةَ ، وقَتادةَ ، والحكَمِ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ بن عبد العزيزِ ، ونَصَرَه ابنُ الْمُنْذِرِ . وقولُ أبى حنيفةَ هٰهُنا كقولِه فيما قبلَ الدُّخولِ ، إلَّا أنَّ المرأةَ إذا كانت / فى دارِ الحربِ ، فانْقَضتْ عِدَّتُها ، وحَصَلَتِ الفُرْقةُ ، لَزِمَها اسْتِئنافُ العِدَّةِ . ٧٥/٧ظ
وقال مالكٌ : إن أسلمَ الرجلُ قبلَ امرأتِه ، عَرَضَ عليها الإسلامَ ، فإن أَسْلَمتْ ، وإلَّا وَقَعَتِ الفُرْقةُ ، وإن كانتْ غائبةً تُعُجِّلَتِ[13] الفُرْقةُ ، وإن أسلمتِ المرأةُ قبلَه وَقَفَ[14]

---

(١٠) فى ا : « يتعذر » .

(١١) فى ب : « فبطل » .

(١٢) فى الأصل : « وعبيد الله » .

(١٣) فى الأصل : « وقعت » .

(١٤) فى ا ، ب ، م : « وقفت » .

على انْقِضاءِ العِدَّةِ . واحْتَجَّ مَنْ قال بتَعْجِيلِ الفُرْقةِ بقَوْلِه سبحانه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ . ولأنَّ ما يُوجِبُ فَسْخَ النكاحِ لا يَخْتَلِفُ بما قبلَ الدُّخولِ وبعدَه ، كالرَّضاعِ . ولَنا ، ما رَوَى مالكٌ ، في مُوطَّإِه[١٥] ، عن ابنِ شِهَابٍ قال : كان بين إسْلامِ صَفْوانَ بن أُمَيَّةَ وامرأتِه بنتِ الوليدِ بن المُغِيرةِ نحوٌ من شَهْرٍ ، أَسْلَمَتْ يومَ الفَتْحِ ، وبَقِيَ صَفْوانُ حتى شَهِدَ حُنَيْنًا والطائفَ وهو كافرٌ ، ثم أسْلَمَ ، فلم يُفرِّق النبيُّ ﷺ بينهما ، واسْتَقَرَّتْ عندَه امرأتُه بذلك النِّكاحِ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : وشُهْرةُ هذا الحديثِ أقْوَى من إسْنادِه . وقال ابنُ شِهابٍ : أَسْلَمَتْ أُمُّ حكيمٍ يومَ الفَتْحِ ، وهَرَبَ زَوْجُها عِكْرِمةُ حتى أَتَى اليَمَنَ ، فارْتَحَلَتْ حتى قَدِمَتْ عليه اليمنَ ، فدَعَتْه إلى الإسلامِ ، فأسْلَم ، وقَدِمَ فبايعَ النَّبيَّ ﷺ ، فثَبَتَا على نكاحِهما[١٦] . وقال ابنُ شُبْرُمةَ : كان الناسُ على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ يُسْلِمُ الرجلُ قبلَ المرأةِ ، والمرأةُ قبلَ الرجلِ ، فأيُّهما أسْلَمَ قبلَ انْقِضاءِ عِدَّةِ المرأةِ ، فهي امرأتُه ، وإن أسلمَ بعدَ العِدَّةِ ، فلا نِكاحَ بينهما[١٧] . ولأنَّ أبا سُفْيانَ خَرَجَ فأسلمَ عامَ الفَتْحِ قبلَ دُخولِ النَّبيِّ ﷺ مَكَّةَ ، ولم تُسْلِمْ هِنْدُ امرأتُه حتى فَتَحَ النَّبيُّ ﷺ مَكَّةَ ، فثَبَتَا على النِّكاحِ[١٨] . وأسلم حَكِيمُ بن حِزامٍ قبلَ امْرأتِه[١٩] . وخَرَجَ أبو سفيانَ ابن الحارثِ وعبدُ الله بن أبي[٢٠] أُمَيَّةَ فلَقِيَا النبيَّ ﷺ [٢١]عامَ الفَتْحِ[٢١] بالأَبْواءِ[٢٢] ، فأسْلَما قبلَ نِسائِهما[٢٣] . ولم يُعْلَمْ أنَّ النَّبيَّ ﷺ فَرَّقَ بين أحدٍ مِمَّن أسلمَ وبين امرأتِه ،

---

(١٥) في : باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجه قبله ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٤٣ ، ٥٤٤ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب من قال لا ينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ١٨٦ ، ١٨٧ .

(١٦) أخرجه مالك ، في الباب السابق . الموطأ ٢ / ٥٤٥ . والبيهقي ، في الباب السابق .

(١٧) أخرج البيهقي نحوه عن ابن عباس ، في الباب السابق .

(١٨) أخرجه البيهقي ، في الباب السابق .

(١٩) انظر الإصابة ٢ / ١١٣ .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢١ – ٢١) سقط من : الأصل .

(٢٢) الأبواء : قرية من أعمال الفرع من المدينة . معجم البلدان ١ / ١٠٠ .

(٢٣) انظر : السيرة النبوية ٤ / ٤٠٠ ، ٤٠١ .

وَيَبْعُدُ أن يَتَّفِقَ إسلامُهما دَفْعةً واحدةً ، ويفارِقَ ما قبلَ الدُّخولِ ، فإنَّه لا عِدَّةَ لها فتَتَعَجَّلُ البَيْنُونةُ[٢٤] ، كالمُطَلَّقةِ واحدةً ، وههنا لها عِدَّةٌ ، فإذا انقضتْ ، تَبَيَّنَّا وُقوعَ الفُرْقةِ من حينَ أسْلَمَ الأوَّلُ ، فلا يُحْتاجُ إلى عِدَّةٍ ثانيةٍ ؛ لأنَّ اخْتلافَ الدِّينِ سَبَبُ الفُرْقةِ ، فتُحْتَسَبُ الفُرْقةُ منه كالطَّلاقِ .

الفصل الخامس: أنَّه إذا أسْلَم أحدُ الزَّوْجَيْنِ. وتَخَلَّفَ الآخَرُ حتى انْقَضَتْ عِدَّةُ المرأةِ، انْفَسَخَ النِّكاحُ . فى قولِ عامَّةِ العلماءِ. قال ابنُ عبدِ البَرِّ : لم يَخْتلِف العلماءُ فى هذا، إلَّا شىءٌ رُوِىَ عن النَّخَعِىِّ ، شَذَّ فيه عن جماعةِ / العلماءِ ، فلم[٢٥] يَتْبَعْهُ عليه أحدٌ ، زَعَمَ أنَّها تُرَدُّ إلى زَوْجِها ، وإن طالتِ المدةُ ؛ لما رَوَى ابنُ عباسٍ أنَّ رسولَ الله ﷺ رَدَّ زَيْنَبَ على زَوْجِها أبى العاصِ بنِكاحِها الأوَّلِ . رواه أبو داودَ[٢٦] . واحْتَجَّ به أحمدُ . قيل له : أليس يُرْوَى أنَّه رَدَّها بنكاحٍ مُسْتَأْنَفٍ ؟ قال : ليس لذلك[٢٧] أصْلٌ . وقيل : كان بين إسْلامِها ورَدِّها إليه ثمانِ سِنِينَ . ولَنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾[٢٨] . وقولُه سبحانه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ . والإجماعُ المُنْعَقِدُ على تحريمِ فُرُوجِ[٢٩] المسلماتِ على الكُفّارِ . فأمَّا قِصَّةُ أبى العاصِ مع امرأتِه ، فقال ابنُ عبد البرِّ : لا يَخْلُو من أن تكونَ قبلَ نُزُولِ تَحْريمِ المسلماتِ على الكفارِ ، فتكونَ مَنْسُوخةً بما جاء بعدَها ، أو تكونَ حامِلًا اسْتَمَرَّ حَمْلُها[٣٠] حتى أسْلَم زَوْجُها ، أو

٧٦/٧و

---

(٢٤) فى ب : « الفرقة » .

(٢٥) فى الأصل : « ولم » .

(٢٦) فى : باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٩ .
كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الزوجين المشركين ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٨٢ . وابن ماجة ، فى : باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٧ .

(٢٧) فى م : « له » .

(٢٨) سورة الممتحنة ١٠ .

(٢٩) فى الأصل ، م : « تزوج » .

(٣٠) فى م : « حكمها » .

مَرِيضةً لم تَحِضْ ثلاثَ حَيْضاتٍ حتَّى أسْلَمَ ، أو تكونَ رُدَّتْ إليه بنكاحٍ جديدٍ ، فقد رَوَى ابن أبى شَيْبَةَ ، فى « سُنَنِه » عن عمرِو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ رَدَّها على أبى العاصِ بنكاحٍ جديدٍ . رواه التِّرْمِذِىُّ[٣١] ، وقال : سَمِعْتُ عَبْدَ بن حُمَيْدٍ يقول : سمعتُ يَزِيدَ بن هارُونَ يقول : حديثُ ابنِ عباسٍ أجْوَدُ إسْنادًا ، والعملُ على حديثِ عمرِو بن شُعَيْبٍ .

فصل : وإذا وَقَعتِ الفُرْقَةُ بإسْلامِ أحَدِهما بعدَ الدُّخولِ ، فلها المَهْرُ كاملًا ؛ لأنَّه اسْتَقَرَّ بالدُّخُولِ ، فلم يَسْقُطْ بشىءٍ ، فإن كان مُسَمًّى صَحِيحًا ، فهو لها ؛ لأنَّ أنْكِحةَ الكُفَّارِ صحيحةٌ ، يَثْبُتُ لها أحكامُ الصِّحَّةِ ، وإن كان مُحَرَّمًا ، وقد قَبَضَتْه فى حالِ الكُفْرِ ، فليس لها غيرُه ؛ لأنَّنا لا نَتَعَرَّضُ لما مَضَى من أحكامِهم ، وإن لم تَقْبِضْه ، وهو حَرامٌ ، فلها مَهْرُ مِثْلِها ؛ لأنَّ الخمرَ والخِنْزِيرَ لا يجوزُ أن يكونَ صَداقًا لمُسْلِمةٍ ، ولا فى نكاحِ مُسْلِمٍ ، وقد صارتْ أحكامُهم أحْكامَ المُسْلِمينَ . فأمَّا نَفَقةُ العِدَّةِ ، فإن كانت هى المسلمةَ قبلَه ، فلها نفقةُ عِدَّتِها ؛ لأنَّه يتَمَكَّنُ من إبْقاءِ نِكاحِها ، واسْتِمْتاعِه منها ، بإسْلامِه معها ، فكانت لها النفقةُ كالرَّجْعِيَّةِ ، وإن كان هو المسلمَ قَبْلَها ، فلا نَفَقةَ لها عليه ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ له إلى اسْتِبْقاءِ نِكاحِها ، وتَلافِى حالِها ، فأشْبَهتِ البائِنَ ، وسواءٌ أسْلَمَتْ فى عِدَّتِها أو لم تُسْلِمْ . فإن قيل : إذا لم تُسْلِمْ تَبَيَّنَّا أنَّ نِكاحَها انْفسخَ باخْتِلافِ الدِّينَيْنِ ، فكيف تَجِبُ النفقةُ للبائنِ ؟ قُلْنا : لأنَّه كان يُمْكِنُ الزَّوجُ تَلافِىَ نِكاحِها إذا أسْلَمَتْ قبلَه[٣٢] ، بل يجبُ عليه / ذلك ، فكانت فى مَعْنَى الرَّجْعِيَّةِ . فإن قيل : الرَّجْعِيَّةُ جَرَتْ إلى البَيْنُونةِ بسَبَبٍ منه ، وهذه السَّبَبُ منها ؟ قُلْنا : إلَّا أنَّه كان فَرْضًا عليها مُضَيَّقًا ، ويُمْكِنُه تَلافِيه ، بخِلافِ ما إذا أسْلَمَتْ قبلَ الدُّخولِ ، فإنَّه يَسْقُطُ[٣٣] مَهْرُها جَمِيعُه ؛ لأنَّه ما أمْكَنَه تَلافِيه .

٧٦/٧ ظ

---

(٣١) فى : باب ما جاء فى الزوجين المشركين ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٨١ ، ٨٢ .
كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٠٨ . ولم نجده فى مصنف ابن أبى شيبة .

(٣٢) سقط من : الأصل ، م .

(٣٣) فى ب : « سقط » .

فصل : فى اخْتلافِ الزَّوْجَيْنِ ، لا يَخْلُو اخْتِلافُهما من حالينِ ؛ أحدهما ، أن يكونَ قبلَ الدُّخولِ ، ففيه مسألتان ، إحداهما ، أن يقولَ الزَّوْجُ : أسْلَمْنا معا ، فنحنُ على النِّكاحِ . وتقول هى : بل أسْلَمَ أحَدُنا قبلَ صاحِبه ، فانْفَسَخَ النِّكاحُ . فقال القاضى : القولُ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّ الظاهرَ معها[٣٤] ؛ إذْ يَبْعُدُ[٣٥] اتِّفاقُ الإسْلامِ منهما دَفْعةً واحدةً ، والقولُ قولُ مَنِ الظَّاهِرُ معه ، ولذلك كان القولُ قولَ صاحبِ اليَدِ . وذكَر أبو الخَطَّابِ فيها وَجْهًا آخرَ ، أنَّ القولَ قولُ الزَّوْجِ ؛ لأنَّ الأصْلَ بقاءُ النِّكاحِ ، والفَسْخُ طَارِئٌ عليه ، فكان القولُ قولَ مَنْ يُوافِقُ[٣٦] قولُه الأصْلَ كالمُنْكِرِ ، وللشافعىِّ قَوْلان ، كهٰذَيْنِ الوَجْهَينِ . المسألة الثانية ، أن يقولَ الزَّوْجُ : أسْلَمْتِ قَبْلِى ، فلا صَدَاقَ لكِ . وتقولُ هى : أسْلَمْتَ قَبْلِى ، فلِى نِصْفُ الصَّداقِ . فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ المَهْرَ وَجَبَ بالعَقْدِ ، والزَّوْجُ يَدَّعِى ما يُسْقِطُه ، والأصلُ بَقاؤُه ، ولم يُعارِضْه ظاهِرٌ فبَقِىَ . فإن اتَّفقا على أنَّ أحَدَهُما أسْلَم قبلَ صاحِبِه ، ولا يَعْلَمانِ عَيْنَه ، فلها نِصْفُ الصَّداقِ . كذلك ذكَره أبو الخَطَّابِ . وقال القاضى : إن لم تَكُنْ قَبَضَتْ ، فلا شىءَ لها ؛ لأنَّها تَشُكُّ فى اسْتِحْقاقِها ، فلا تَسْتَحِقُّ بالشَّكِّ ، وإن كان بعدَ القَبْضِ ، لم يَرْجِعْ عليها ؛ لأنَّه يَشُكُّ فى اسْتِحْقاقِ الرُّجُوعِ ، فلا يَرْجِعُ مع الشكِّ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لأنَّ اليَقِينَ لا يُزَالُ بالشَّكِّ ، وكذلك إذا تَيَقَّنَ الطَّهارةَ وشَكَّ فى الحَدَثِ ، أو تَيَقَّنَ الحَدَثَ وشَكَّ فى الطَّهارةِ ، بَنَى على اليَقِينِ ، وهذه قد كان صَدَاقُها واجبًا لها ، وشَكًّا فى سُقُوطِه ، فيَبْقَى على الوُجُوبِ . وأمَّا إن اخْتَلَفا بعدَ الدُّخولِ ، ففيه أيضا مَسْألتان ؛ إحداهما ، أن يقولَ : أسْلَمْنا معًا . أو أسْلَمَ الثانى مِنَّا فى العِدَّةِ ، فنحنُ على النكاح . وتقولَ هى : بل أسْلَم الثانى بعدَ العِدَّةِ ، فانْفَسَخَ النِّكاحُ . ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، القولُ قولُه ؛ لأنَّ

---

(٣٤) فى م زيادة : « وكذلك » .

(٣٥) فى م : « يتعذر » .

(٣٦) فى ب : « وافق » .

الأَصْلَ بقاءُ النكاحِ . والثانى ، القولُ قولُها ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدمُ إِسْلامِ الثانى . المسألة الثانية ، أن تقولَ : أَسْلَمْتُ قَبْلَكَ ، فلى نَفقةُ العِدَّةِ . ويقولَ هو : أَسْلَمْتُ قَبْلَكِ / ، فلا نَفَقَةَ لك . فالقولُ قولُها ؛ لأَنَّ الأَصْلَ وُجُوبُ النَّفَقةِ . وهو يَدَّعِى سُقُوطَها . وإن قال : أَسْلَمْتِ بعدَ شَهْرينِ من إِسْلامِى ، فلا نفقةَ لك فيهما . وقالت : بعد شَهْرٍ . فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدمُ إسْلامِها فى الشَّهْرِ الثانى . فأمَّا إن ادَّعَى هو ما يَفْسَخُ النِّكاحَ ، وأَنْكَرَتْه ، انْفَسَخَ النِّكاحُ ، لأنَّه يُقِرُّ على نَفْسِه بزَوالِ نِكاحِه وسُقُوطِ حَقِّه ، فأَشْبَهَ مالو ادَّعَى أنَّها أُخْتُه من الرَّضاعِ ، فكَذَّبَتْه .

77/7 و

فصل : وسواءٌ فيما ذكَرْنا اتَّفَقَتِ الدارانِ أو اخْتَلَفَتا . وبه قال مالكٌ ، والأَوْزاعىُّ ، واللَّيْثُ ، والشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن أَسْلَمَ أحَدُهما وهما فى دارِ الحَرْبِ ، ودَخَلَ دارَ الإِسلامِ ، انْفَسخَ النِّكاحُ ، ولو تَزَوَّجَ حَرْبِىٌّ حَرْبِيَّةً ، ثم دَخَلَ دارَ الإِسلامِ ، وعَقَدَ الذِّمَّةَ ، انْفَسَخَ نِكاحُه ؛ لِاخْتلافِ الدَّارَيْنِ . ويَقْتَضِى مَذْهَبُه أنَّ أحَدَ الزَّوْجينِ الذِّمِّيَّيْنِ إذا دَخَلَ دارَ الحربِ ، ناقِضًا للعَهْدِ ، انْفَسخَ نِكاحُه ؛ لأنَّ الدارَ اخْتَلَفَتْ بهما فِعْلًا وحُكْمًا ، فوَجَبَ أن تقعَ الفُرْقةُ بينهما ، كما لو أَسْلَمَتْ فى دارِ الإِسْلامِ قبلَ الدُّخولِ . ولَنا ، أنَّ أبا سُفْيانَ أَسْلَم بمَرِّ الظَّهْرانِ ، وامرأَتُه بمَكَّةَ لم تُسْلِمْ ، وهى دارُ حَرْبٍ ، وأُمُّ حَكِيمٍ أَسْلَمتْ بمكةَ ، وهَرَبَ زَوْجُها عِكْرِمَةُ إلى اليَمنِ ، وامرأةُ صَفْوانَ بن أُمَيَّةَ أسلمتْ يومَ الفَتْحِ ، وهَرَبَ زوجُها ، ثم أَسْلَمُوا ، وأُقِرُّوا على أَنْكِحَتِهم مع اختلافِ الدِّينِ والدارِ بهم ، ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ ، فلم يَنْفَسِخْ[37] باخْتِلافِ الدارِ كالبَيْعِ ، ويُفارِقُ ما قبلَ الدُّخولِ ، فإنَّ القاطِعَ للنِّكاحِ اخْتلافُ الدِّينِ ، المانعُ من الإِقرارِ على النِّكاحِ ، دُونَ ما ذكَرُوه . فعلى هذا ، لو تزوَّجَ مُسْلِمٌ مُقِيمٌ بدارِ الإِسْلامِ حَرْبِيَّةً من أهلِ الكتابِ ، صَحَّ نكاحُه ، وعندهم لا يَصِحُّ . ولَنا عمومُ قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾[38] . ولأنَّها امرأةٌ يُباحُ نِكاحُها إذا كانت فى دارِ الإِسلامِ ، فأُبِيحَ نِكاحُها فى دارِ الحَرْبِ ، كالمُسْلِمةِ .

---

(37) فى ا ، م : « يفسخ » .

(38) سورة المائدة 5 .

١١٦٧ – مسألة ؛ قال : (وَلَوْ نَكَحَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ ،فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ[١] ، أو فِي عُقُودٍ مُتفرِّقَةٍ ، ثُمَّ أَصَابَهُنَّ ، ثُمَّ أَسْلَم ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ كُلُّ واحِدَةٍ مِنهُنَّ فِي عِدَّتِهَا ، اخْتَارَ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ ، وفَارَقَ مَا سِوَاهُنَّ ، سَوَاءٌ كَانَ مَنْ أَمْسَكَ مِنْهُنَّ أَوَّلَ مَنْ عَقَدَ عَلَيْهِنَّ[٢] أو آخِرَهُنَّ)

وجملةُ ذلك أنَّ الكافرَ إذا أسْلَم ، ومعهِ أكثرُ من أرْبَعِ نِسْوةٍ ، فأسْلَمْنَ فى عِدَّتِهِنَّ ، أو كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ ، لم يَكُنْ له إمْساكُهُنَّ كُلِّهِنَّ . بغيرِ خلافٍ نَعْلَمُه . ولا يَمْلِكُ إمْساكَ أكثرَ / من أربعٍ . فإذا أَحَبَّ ذلك ، اختارَ أرْبَعًا منهنَّ ، وفارَقَ سائِرَهُنَّ ، سواءٌ تَزَوَّجَهُنَّ[٣] فى عَقْدٍ أو فى عُقُودٍ ، وسواءٌ اخْتارَ الأوائِلَ أو الأَواخِرَ . نَصَّ عليه أحمدُ . وبه قال الحسنُ ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والأَوْزاعىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، ومحمدُ بن الحسنِ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ : إن كان تزَوَّجَهُنَّ فى عَقْدٍ ، انْفسخَ نِكاحُ جَمِيعِهِنَّ ، وإن كان فى عُقُودٍ ، فنكاحُ الأوائِلِ صحيحٌ ، ونكاحُ ما زادَ على أرْبَعٍ باطلٌ ؛ لأنَّ العَقْدَ إذا تناوَلَ أكثرَ من أرْبَعٍ ، فتَحْرِيمُه من طَرِيقِ الجَمْعِ ، فلا يكونُ فيه مُخَيَّرًا بعدَ الإسلامِ ، كما لو تزَوَّجَتِ المرأةُ زَوْجَيْنِ فى حالِ الكُفْرِ ، ثم أسْلَمُوا . ولَنا ، ما رَوَى قَيْسُ بن الحارثِ ، قال : أسْلَمْتُ وتَحْتِى ثَمانِ نِسْوَةٍ ، فأتَيْتُ النَّبِىَّ ﷺ ، فقلتُ له ذلك ، فقال : « اخْتَرْ مِنْهنَّ أرْبَعًا » . روَاه أحمدُ ، وأبو داودَ[٤] . وروى محمدُ ابن سويدٍ الثَّقَفِىُّ ، أنَّ غَيْلانَ بن سَلَمَةَ أسْلَمَ وتحته عَشْرُ نِسْوةٍ ، فأسْلَمْنَ معه ، فأمَرَه رسولُ الله ﷺ أن يتَخَيَّرَ منهنَّ أرْبعًا[٥] . روَاه التِّرمِذِىُّ ، ورَواه مالكٌ فى « مُوَطَّإِه » ،

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) فى الأصل : « عليها » .

(٣) فى ا ، م : « تزوجن » .

(٤) أخرجه أبو داود ، فى : باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع ... ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٩ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٨ . والبيهقى ، فى : باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٨٣ .

(٥) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٤٧٢ .

عن الزُّهْرِيِّ مُرْسلًا ، ورواه الشافعيُّ فى « مُسْنَدِه » عن ابن عُلَيَّةَ ، عن مَعْمرٍ ، عن الزُّهْرِيِّ ، عن سالمٍ ، عن أبِيه ، إلَّا أنَّه غيرُ مَحْفُوظٍ ، غَلِطَ فيه مَعْمَرٌ ، وخالَف فيه أصحابَ الزُّهْرِيِّ . كذلك قال الحُفَّاظُ ؛ الإمامُ أحمدُ ، والتِّرمِذِيُّ ، وغيرُهما . ولأنَّ كُلَّ عددٍ جازَ له ابْتِداءُ العَقْدِ عليه ، جاز له إمْساكُه بِنِكاحٍ مُطْلَقٍ فى حالِ الشِّرْكِ ، كما لو تَزَوَّجَهُنَّ[٦] بغيرِ شُهُودٍ . وأمَّا إذا تزَوَّجَتْ بزَوْجَيْنِ ، فنِكاحُ الثانى باطِلٌ ؛ لأنَّها مَلَّكَتْه مِلْكَ غيرِها . وإن جَمَعَتْ بينهما ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها لم تُمَلِّكْه جميعَ بُضْعِها[٧] ، ولأنَّ ذلك ليس بشائعٍ عندَ أحدٍ من أهلِ الأدْيانِ ، ولأنَّ المرأةَ ليس لها اخْتيارُ النِّكاحِ وفَسْخُه ، بخِلافِ الرَّجُلِ .

فصل : ويجبُ عليه أن يختارَ أرْبعًا فما دُونَ ، ويُفارِقَ سائِرَهُنَّ ، أو يُفارِقَ الجميعَ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أمَرَ غَيلانَ وقَيْسًا بالاختيارِ ، وأمْرُه يقْتَضِى الوُجُوبَ ، ولأنَّ المُسْلِمَ لا يجُوزُ إقْرارُه على نكاحِ أكثرَ من أربعٍ ، فإن أبَى ، أُجْبِرَ بالحَبْسِ والتَّعْزِيرِ إلى أن يَخْتارَ ؛ لأنَّ هذا حَقٌّ عليه ، يُمْكِنُه إيفاؤُه[٨] ، وهو مُمْتَنِعٌ منه ، فأُجْبِرَ عليه ، كإيفاءِ الدَّيْنِ . وليس للحاكمِ أن يختارَ عنه ، كما يُطَلِّقُ على المُولِى إذا امْتَنَعَ من الطَّلَاقِ ؛ لأنَّ الحَقَّ هٰهُنا لغيرِ مُعَيَّنٍ ، وإنَّما تَتَعَيَّنُ الزَّوْجاتُ باخْتِيارِه وشَهْوَتِه ، وذلك لا يَعْرِفُه الحاكمُ فينُوبُ عنه فيه[٩] ، بخلافِ المُولِى ، فإنَّ / الحَقَّ المُعَيَّنَ يُمْكِنُ الحاكمَ إيفاؤُه ، والنِّيابةُ عن المُسْتَحِقِّ فيه . فإن جُنَّ خُلِّىَ حتى يَعُودَ عَقْلُه ، ثم يُجْبَرُ على الاخْتيارِ ، وعليه نَفَقةُ الجميعِ إلى أن يَخْتارَ ؛ لأنَّهنَّ مَحْبُوساتٌ عليه ، ولأنَّهنَّ فى حُكْمِ الزَّوْجاتِ أيَّتهُنَّ اختارَ جازَ .

٧٨/٧ و

فصل : ولو زَوَّجَ الكافرُ ابْنَه الصَّغيرَ أكثرَ من أرْبعٍ ، ثم أسْلَمُوا جميعًا ، لم يَكُنْ له

---

(٦) فى م : « تزوجن » .

(٧) فى ب ، م : « بعضها » .

(٨) فى ب : « إبقاؤه » .

(٩) سقط من : ا ، ب .

الاختيارُ قبلَ بُلوغِه ، فإنَّه لا حُكْمَ لقَوْلِه ، وليس لأبيه الاختيارُ عنه ؛ لأنَّ ذلك حَقٌّ يتعلَّقُ بالشَّهْوةِ ، فلا يقومُ غيرُه مَقامَه فيه ، فإذا بَلَغَ الصبىُّ ، كان له أن يَخْتارَ حِينَئِذٍ ، وعليه النَّفقةُ إلى أن يَخْتارَ .

فصل : فإن مات قبلَ أن يختارَ ، لم يَقُمْ وارِثُه مَقامَه ؛ لما ذكَرْنا فى الحاكمِ ، وعلى جَميعِهِنَّ العِدَّةُ ؛ لأنَّ الزَّوْجاتِ لم يَتَعَيَّنَّ منهنَّ ، فمن كانت مِنْهُنَّ حامِلًا فعِدَّتُها بوَضْعِه ، ومَنْ كانت آيِسَةً أو صغيرةً فعِدَّتُها أرْبَعةُ أشْهُرٍ وعَشْرٌ ؛ لأنَّها أطْوَلُ العِدَّتَيْن فى حَقِّها ، ومَن(10) كانت من ذواتِ القُرُوءِ ، فعِدَّتُها أطْوَلُ الأجَلَيْنِ ، من ثلاثةِ قُرُوءٍ أو أرْبَعةِ أشْهُرٍ وعَشْرٍ ، لتَقْضِىَ العِدَّةَ بيَقِينٍ ، لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهنَّ يَحْتَمِلُ أن تكونَ مُخْتارةً أو مُفارَقةً ، وعِدَّةُ المُخْتارةِ عِدَّةُ الوَفاةِ ، وعِدَّةُ المُفارَقةِ ثلاثةُ قُرُوءٍ ، فأوْجَبْنا أطْوَلَهما ، لِتَقْضِىَ(11) العِدَّةَ بيَقِينٍ ، كما قُلْنا فى مَن نَسِىَ **صلاةً من يومٍ** ، لا يَعْلَمُ عَيْنَها : عليه خَمْسُ صَلَواتٍ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ، فأمَّا المِيراثُ ، فإن اصْطَلَحْنَ عليه ، فهو جائزٌ كيفما اصْطَلَحْنَ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهنَّ ، لا يَخْرُجُ عنهنَّ ، وإن أَبَيْنَ الصُّلْحَ ، فقياسُ المَذْهَبِ أن يُقْرَعَ بينهنَّ ، فتكونَ الأرْبَعُ منهنَّ بالقُرْعةِ . وعند الشافعىِّ ، يُوقَفُ المِيراثُ حتى يَصْطَلِحْنَ . وأصلُ هذا يُذْكَرُ فى (12موضعٍ آخَرَ12) ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : وصِفَةُ الاخْتيارِ أن يقولَ : اخْتَرْتُ نِكاحَ هؤلاءِ ، (13أو اخْتَرْتُ هؤلاءِ13) ، أو أمْسَكْتُهُنَّ ، أو اخْتَرْتُ حَبْسَهُنَّ ، أو إمْساكَهُنَّ ، أو نِكاحَهُنَّ ، أو أمْسَكْتُ نِكاحَهُنَّ ، أو ثَبَّتُّ نِكاحَهُنَّ ، أو أثْبَتُّهُنَّ . وإن قال لما زاد على الأرْبَعِ(14) :

---

(10) فى م : « وإن » .

(11) فى ا ، م : « لتنقضى » .

(12–12) فى ا ، ب ، م : « غير هذا الموضع » .

(13–13) سقط من : الأصل .

(14) فى الأصل : « أربع » .

فَسَخْتُ نِكاحَهن . كان اخْتِيارًا للأرْبَع . وإن طَلَّقَ إحْداهُنَّ ، كان اختيارًا لها ؛ لأنَّ الطَّلَاقَ لا يكـونُ إلَّا فى زَوْجـةٍ . وإن قال : قد[15] فارَقْتُ هؤلاء ، أو اخْتَـرْتُ فِرَاقَ هؤلاء . فإن لم يَنْوِ به[16] الطلاقَ ، كان اخْتِيارًا لغيرِهِنَّ ؛ لقولِ النَّبىِّ ﷺ لِغَيْلانَ : « اخْتَرْ مِنْهُنَّ أرْبَعًا ، وفَارِقْ سَائِرَهُنَّ » . وهذا يقتضِى أن يكونَ لَفْظُ[17] الفِرَاقِ صَرِيحًا فيه ، [18]كما كان لفظُ الطَّلَاقِ صَرِيحًا فيه[18] ، وكذا / فى حديثِ فَيْرُوز الدَّيْلَمِىِّ[19] قال : فعَمَدْتُ إلى أقْدَمِهِنَّ صُحْبَةً ، ففارَقْتُها . وهذا الموضعُ أخَصُّ [20]بهذا اللفظِ[20] . فيَجِبُ أن يتَخَصَّصَ[21] فيه بالفَسْخِ . وإن نَوَى به الطَّلَاقَ ، كان اخْتيـارًا لهنَّ دُونَ غيرِهِنَّ . وذكر القاضى فيه عند الإطْلاقِ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، أنَّـه يكـونُ اختيـارًا للمُفَارَقاتِ ؛ لأنَّ لَفْظَ الفِرَاقِ صريحٌ فى الطَّلاقِ ، والأَوْلَى ما ذكَرْناه . وإن وَطِـئَ إحْداهُنَّ ، كان اختيارًا لها ، فى قِياسِ المذهبِ ؛ لأنَّه لا يجوزُ إلَّا فى مِلْكٍ ، فيَدُلُّ على الاخْتيارِ ، كوَطْءِ الجاريةِ المَبيعةِ بشَرْطِ الخِيارِ ، ووَطْءِ الرَّجْعِيَّةِ أيضا اختيارًا[22] لها . وإن آلَى من واحدةٍ منهنَّ ، أو ظاهَرَ منها ، لم يكُن اخْتِيارًا لها ؛ لأنَّه يَصِحُّ فى غيرِ زَوْجةٍ ، فى أحدِ الوَجْهينِ ، وفى الآخرِ ، يكونُ اخْتِيارًا لها ؛ لأنَّ حُكْمَه لا يَثْبُتُ فى غيرِ زَوْجةٍ .

٧/٧٨ظ

---

(١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٧) سقط من : ا ، ب .

(١٨ – ١٨) سقط من : ب .

(١٩) أخرجه أبو داود ، فى : باب من أسلم وعنده أكثر من أربع أو أختان ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يسلم وعنده أختان ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٦٣ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يسلم وعنده أختان ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٢٣٢ . والبيهقى ، فى : باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٨٤ ، ١٨٥ .

(٢٠ – ٢٠) فى الأصل : « بهذه اللفظة » .

(٢١) فى الأصل : « يخصص » .

(٢٢) فى م : « اختيار » .

وإن قَذَفَها ، لم يَكُنِ اخْتيارًا لها ؛ لأنَّه يَقَعُ فى غيرِ زَوْجةٍ .

فصل : وإذا اخْتارَ منهنَّ أرْبَعًا ، وفارَقَ البَواقِىَ ، فعِدَّتُهنَّ من حينَ اخْتارَ ؛ لأنَّهنَّ بِنَّ منه بالاخْتيارِ . ويَحْتَمِلُ أن تكونَ عِدّتُهنَّ من حِينَ أسْلَمَ ؛ لأنَّهنَّ بِنَّ بإسْلامِه ، وإنما يَتَبَيَّنُ ذلك باخْتِيارِه ، فيَثْبُتُ[23] حُكْمُه من حينِ الإسْلامِ ، كما إذا أسْلَمَ أحدُ الزَّوْجَيْنِ ولم يُسْلِمِ الآخَرُ حتى انْقَضَتْ عِدَّتُها . وفُرْقَتُهُنَّ فَسْخٌ ؛ لأنَّها تَثْبُتُ بإسْلامِه من غيرِ لَفْظٍ فِيهنَّ[24] ، وعِدّتُهنَّ كعِدَّةِ المُطَلَّقاتِ ؛ لأنَّ عِدَّةَ مَنِ انْفَسَخَ نِكاحُها كذلك . وإن ماتَتْ إحْدَى المُخْتاراتِ ، أو بانَتْ منه وانْقَضَتْ عِدّتُها ، فله أن يَنْكِحَ من المُفارَقاتِ ، وتكونُ عندَه على طَلَاقٍ ثلاثٍ ؛ لأنَّه لم يُطَلِّقْها قبلَ ذلك . وإن اختارَ أقَلَّ من أرْبَعٍ ، أو اختارَ تَرْكَ الجميعِ ، أُمِرَ بطَلَاقِ أرْبَعٍ ، أو تمامِ أربعٍ ؛ لأنَّ الأرْبَعَ الزَّوْجاتِ لا يَبِنَّ منه إلَّا بطَلَاقٍ ، أو ما يقومُ مَقامَه ، فإذا طَلَّقَ أرْبعًا منهنَّ ، وَقَعَ طَلَاقُه بِهِنَّ ، وانْفَسَخَ[25] نِكاحُ الباقياتِ ، لا خْتِيارِه لَهُنَّ ، وتكونُ عِدَّةُ المُطلَّقاتِ من حينَ طَلَّقَ ، وعِدَّةُ الباقياتِ على الوَجْهَيْنِ . وإن طَلَّقَ الجميعَ ، أُقْرِعَ بينهنَّ ، فإذا وَقَعَتِ القُرْعةُ على أرْبعٍ منهنَّ ، كُنَّ المُخْتاراتِ ، ووَقَعَ طلاقُه بِهِنَّ ، وانْفَسَخَ نِكاحُ البَواقِى . وإن كان الطلاقُ ثلاثًا ، فمتى انْقَضَتْ عِدَّتُهنَّ ، فله أن يَنْكِحَ من الباقياتِ ؛ لأنَّهُنَّ لم يُطَلَّقْنَ منه ، ولا تَحِلُّ له المُطلَّقاتُ إلَّا بعدَ زَوْجٍ وإصابةٍ . ولو أسْلَمَ ، ثم طَلَّقَ الجميعَ قبلَ إسْلامِهِنَّ ، ثم أسْلَمْنَ فى العِدَّةِ ، أُمِرَ أن يختارَ أرْبعًا منهنَّ ، فإذا اختارَهُنَّ تَبيَّنَّا أنَّ طَلَاقَه وَقَعَ بهِنَّ ، لأنَّهنَّ زَوْجاتٌ ، ويَعْتَدِدْنَ[26] من حينِ طَلَاقِه / ، وبانَ البَواقِى منه[27] باخْتيارِه لغيرِهِنَّ ، ولا يَقَعُ بهنَّ طَلَاقُه ، وله نِكاحُ أرْبَعٍ منهنَّ إذا انْقَضَتْ عِدَّةُ المُطلَّقاتِ ؛ لأنَّ

٧٩/٧ و

---

(٢٣) فى الأصل : « فثبت » .

(٢٤) فى م : « منهن » .

(٢٥) فى ب : « ولا يصح » .

(٢٦) فى ا ، م : « ويتعددن » .

(٢٧) سقط من : ا ، ب ، م .

هؤلاءِ غيرُ مُطلَّقاتٍ . والفَرْقُ بين هذه وبين التى قَبْلَها ، أنَّ طَلاقَهُنَّ قبلَ إسْلامِهِنَّ فى زَمَنٍ ليس له الاختيارُ فيه ، فإذا أسْلَمْنَ تَجَدَّدَ له الاختيارُ حينئِذٍ ، وفى التى قَبْلَها طَلَّقَهُنَّ[٢٨] وله الاختيارُ ، والطَّلاقُ يَصْلُحُ اختيارًا ، وقد أوْقَعَه فى الجميعِ ، وليس بعضُهنَّ[٢٩] أوْلَى من بعضٍ ، فصِرْنا إلى القُرْعةِ[٣٠] ، لِتَساوِى الحُقوقِ .

فصل : وإذا أسْلَمَ قَبْلَهُنَّ ، وقُلْنا بتَعْجِيلِ[٣١] الفُرْقةِ باخْتِلافِ الدِّينِ ، فلا كَلامَ . وإن قُلْنا : يَقِفُ على انْقِضاءِ العِدَّةِ . ولم يُسْلِمْنَ حتى انْقَضتْ عِدَّتُهنَّ ، تبيَّنَّا أنَّهُنَّ بِنَّ منذُ اخْتَلفَ الدِّينانِ ، فإن كان قد طَلَّقَهُنَّ قبلَ انْقضاءِ عِدَّتِهِنَّ ، تَبيَّنَّا أنَّ طلاقَه لم[٣٢] يَقَعْ بهنَّ ، وله نكاحُ أرْبعٍ منهنَّ إذا أسْلَمْنَ ، وإن كان وَطِئَهُنَّ تَبيَّنَّا أنَّه وَطِئَ غيرَ نِسائِه ، وإن [٣٣]آلَى منهُنَّ[٣٣] ، أو ظاهَرَ ، أو قَذَفَ ، تبيَّنَّا أنَّ ذلك كان فى غيرِ زَوْجِه[٣٤] ، وحُكْمُه حكمُ ما لو خاطَبَ بذلك أجْنَبِيَّةً . فإن أسْلَم بعضُهنَّ فى العِدَّةِ ، تَبيَّنَّا أنها زَوْجَتُه[٣٥] ، فوَقَعَ طَلاقُه[٣٦] بها ، وكان وَطْؤُه لها وَطْأً لمُطلَّقتِه . وإن كانت المُطلَّقةُ غيرَها ، فوَطْؤُه لها وَطْءٌ لِامْرأتِه . وكذلك إن كان وطْؤُه لها قبلَ طَلاقِها . وإن طَلَّقَ الجميعَ ، فأسْلَمَ أرْبَعُ نِسْوةٍ[٣٧] منهنَّ ، أو أقلُّ فى[٣٨] عِدَّتِهِنَّ ، ولم تُسْلِم البَواقِى ، تَعَيَّنَتِ[٣٩] الزَّوْجيَّةُ فى

---

(٢٨) فى ب ، م : « يطلقن » .

(٢٩) فى م : « بعضهم » .

(٣٠) فى الأصل : « الفرقة » .

(٣١) فى ا ، ب : « يتعجل » .

(٣٢) سقط من : م .

(٣٣–٣٣) فى م : « لاعنهن » .

(٣٤) فى ا ، م : « زوجته » .

(٣٥) فى ب ، ص : « زوجه » .

(٣٦) فى م : « الطلاق » .

(٣٧) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٨) فى ب : « من » .

(٣٩) فى م : « لعينت » .

المُسْلماتِ ، ووَقَعَ الطَّلاقُ بهِنَّ ، فإذا أسْلَمَ البواقِى ، فله أن يتزوَّجَ بهِنَّ ؛ لأنَّه لم يَقَعْ طَلاقُه بهِنَّ .

فصل : وإذا أسْلَمَ وتَحْتَه ثَمانِ نِسْوَةٍ ، فأسْلَمَ أرْبَعٌ منهنَّ ، فله اخْتيارُهنَّ ، وله الوقوفُ إلى أن يُسْلِمَ البَواقِى . فإن ماتَ اللَّاتِى أسْلَمْنَ ، ثم أسلمَ الباقياتُ ، فله اختيارُ المَيِّتاتِ ، وله اختيارُ الباقياتِ ، وله اختيارُ بعضِ هؤلاءِ وبعضِ هؤلاءِ ؛ لأنَّ الاختيارَ ليس بعَقْدٍ ، وإنَّما هو تَصْحِيحٌ للعَقْدِ الأوَّلِ فيهِنَّ ، والاعتبارُ فى الاختيارِ بحالِ ثُبُوتِه ، وحالَ ثُبُوته كُنَّ أحْياءَ . وإن أسْلمتْ واحدةٌ منهن ، فقال : اخْتَرْتُها . جاز ، فإذا اختارَ أرْبعًا على هذا الوَجْهِ ، انْفَسَخَ نِكاحُ الْبواقِى . وإن قال للمُسْلِمةِ : اخْتَرْتُ فَسْخَ نِكاحِها . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الفَسْخَ إنَّما يكونُ فيما زادَ على الأرْبَعِ ، (40) والاختيارُ للأرْبَعِ (40) ، وهذه من جُمْلةِ الأرْبعِ ، إلَّا أن يُرِيدَ بالفَسْخِ الطلاقَ ، فيَقَعُ ؛ لأنَّه كِنايةٌ ، ويكونُ طَلَاقُه لها اخْتيارًا لها . وإن قال : اخترتُ فلانة . قبلَ أن تُسْلِمَ ، لم يَصِحَّ ؛ / لأنَّه ليس بوَقْتٍ للاخْتيارِ ، لأنَّها جارِيةٌ إلى بَيْنُونةٍ ، فلا يَصِحُّ إمْساكُها . وإن فَسَخَ نِكاحَها ، لم يَنْفَسِخْ ؛ لأنَّه لمَّا لم يَجُزْ الاخْتيارُ ، لم يجز الفَسْخُ . وإن نَوَى بالفَسْخِ الطَّلاقَ ، أو قال : أنْتِ طالِقٌ . فهو مَوْقُوفٌ ، فإن أسْلَمَتْ ولم يُسْلِمْ زِيادَةٌ على أرْبعٍ ، أو أسْلَم زِيادَةٌ فاختارَها ، تَبَيَّنَّا وُقوعَ الطَّلاقِ بها ، وإلَّا فلا .

٧٩/٧ ظ

فصل : وإن قال : كُلَّما أسْلَمَتْ واحدةٌ اخْتَرْتُها . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الاختيارَ لا يصحُّ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ ، ولا يَصِحُّ فى غيرِ مُعَيَّنٍ (41) . وإن قال : كلَّما أسْلمتْ واحدةٌ اخترتُ فَسْخَ نِكاحِها . لم يَصِحَّ أيضا ؛ لأنَّ الفَسْخَ لا يتعلَّقُ بالشَّرْطِ ، ولا يَمْلِكُه فى واحدةٍ حتى يَزِيدَ عددُ المُسْلماتِ على الأرْبعِ ، وإن أراد به الطَّلاقَ ، فهو كما لو قال : كلَّما أسْلمتْ واحدةٌ فهى طالِقٌ . وفى ذلك وَجْهان ؛ أحدهما ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ الطلاقَ يصحُّ تعليقه

(٤٠ – ٤٠) سقط من : ب .

(٤١) فى م : « معنى » .

بالشَّرْطِ ، ويتضَمّنُ الاخْتِيارَ لها ، فكلَّما أسلمتْ واحدةٌ كان اختِيارًا لها ، وتَطْلُقُ بطَلاقِه . والثانى ، لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الطلاقَ يتضَمَّنُ الاخْتِيارَ ، والاختيارُ لا يصحُّ تعْليقُه بالشَّرْطِ .

فصل: وإذا أسْلَم، ثم أحْرَمَ بحجٍّ أو عُمْرةٍ، ثم أَسْلَمْنَ ، فله الاختيارُ ؛ لأنَّ الاخْتيارَ استِدامةٌ للنِّكاحِ[42] ، وتَعْيينٌ [43] للمَنْكوحةِ، وليس بابْتِداءٍ[43] له . وقال القاضى : ليس له الاختيارُ . وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ . ولَنا ، أنَّه استدامةُ نِكاحٍ ، لا يُشْتَرطُ له رِضاءُ المرأةِ ، ولا وَلِىٌّ ، ولا شُهُودٌ ، ولا يَتَجَدّدُ به مَهْرٌ ، فجازَ له[44] فى الإحْرامِ ، كالرَّجْعةِ .

فصل : وإذا أسْلَمْنَ معه ، ثم مِتْنَ قبلَ اخْتِيارِه ، فله أن يخْتارَ منهنَّ أرْبعًا ، فيكونَ له مِيرَاثُهُنَّ ، ولا يَرِثُ الباقياتِ ؛ لأنَّهنَّ لَسْنَ[45] بزَوْجاتٍ له . وإن مات بعضُهنَّ ، فله الاختيارُ من الأحْياءِ ، وله الاخْتيارُ من الميِّتاتِ . وكذلك لو أسْلَم بعضُهنَّ فمِتْنَ ، ثم أسْلَم الْبواقِى ، فله الاخْتيارُ من الجميعِ ، فإن اخْتارَ المَيِّتاتِ ، فله مِيراثُهُنَّ ؛ لأنَّهُنَّ مِتْنَ وهُنَّ نِساؤُه ، وإن اختارَ غيرَهُنَّ ، فلا مِيراثَ له منهنَّ ؛ لأنَّهنَّ أجْنبيَّاتٌ . وإن لم يُسْلِم البواقِى ، لَزِمَ النِّكاحُ فى الْمَيِّتاتِ ، وله مِيراثُهُنَّ . فإن وَطِئَ الجميعَ قبلَ إسْلامِهنَّ ، ثم أسْلَمْنَ ، فاختارَ أرْبعًا منهنَّ ، فليس لهنَّ إلَّا المُسَمَّى ؛ لأنَّهُنَّ زَوْجاتٌ ، ولسائِرِهنَّ المُسَمَّى بالعَقْدِ الأوَّلِ ، ومَهْرُ المِثْلِ للوَطْءِ الثانى ؛ لأنَّهنَّ أجْنبِيَّاتٌ . وإن وَطِئَهُنَّ بعدَ إسْلامِهنَّ، فالمَوْطوءاتُ أوَّلًا هُنَّ المُخْتاراتُ، والبواقِى أجْنبِيَّاتٌ، والحكمُ فى المَهْرِ على ما ذكَرْناه .

١١٦٨ – / مسألة ؛ قال : (وَلَوْ أسْلَمَ وتَحْتَهُ أُخْتَانِ ، اخْتَارَ مِنْهُمَا وَاحِدَةً) ٧/٨٠و

هذا قولُ الحسنِ ، والأوْزاعىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ . وقال أبو حنيفةَ

---

(٤٢) فى ا ، ب ، م : « النكاح » .

(٤٣–٤٣) فى م : « المنكوحة فليس ابتداء » .

(٤٤) سقط من : الأصل .

(٤٥) فى النسخ : « ليس » .

فى هذه ، كقولِه فى عَشْرِ نِسْوةٍ . ولَنا ، ما رَوَى الضَّحَّاكُ بن فَيْرُوز ، عن أبِيه ، قال : قلتُ : يا رسولَ الله ، إنِّى أسْلَمْتُ وتَحْتِى أُخْتانِ . قال : « طَلِّقْ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ » . روَاه أبو داودَ، وابنُ ماجَه، وغيرُهما[1] . ولأنَّ أنْكِحةَ الكُفَّارِ صحيحةٌ، وإنَّما حُرِّمَ الجَمْعُ فى الإسلامِ ، وقد أزَالَه ، فصَحَّ ، كما لو طَلَّقَ إحداهما قبلَ إسْلامِه ، ثم أسْلَمَ والأُخْرَى فى حِبالِه . وهكذا الحكمُ فى المرأةِ وعَمَّتِها أو خالَتِها ؛ لأنَّ المعنى فى الجميعِ واحدٌ .

فصل : ولو تزوَّجَ وَثَنِيَّةً ، فأسْلَمتْ قبلَه ، ثم تزوَّجَ فى شِرْكِه أُخْتَها ، ثم أسْلَما فى عِدَّةِ الأُولَى ، فله أن يخْتارَ منهما[2] ؛ لأنَّه أسْلَمَ وتحتَه أُخْتانِ مُسْلِمتانِ . وإن أسْلَم هو قبلَها ، لم يَكُنْ له أن يتزوَّجَ أُخْتَها فى عِدَّتِها ، ولا أرْبَعًا سِوَاها . فإن فَعَلَ ، لم يَصِحَّ النِّكاحُ الثانى . وإذا أسْلَمتِ الأُولَى فى عِدَّتِها ، فنِكاحُها لازِمٌ ؛ لأنَّها انْفَرَدَتْ به .

فصل : وإن تزوَّجَ أُخْتَيْنِ ، ودَخَلَ بهما ، ثم أسْلَمَ وأسْلَمَتا معه ، فاخْتارَ إحْداهُما ، لم يَطَأْها حتى تَنْقَضِىَ عدةُ أُخْتِها لئلَّا يكونَ واطِئًا لإحْدَى الأُخْتَيْنِ فى عِدَّةِ الأُخْرَى . وكذلك إذا أسْلَم وتحتَه أكثرُ من أربعٍ ، قد دَخَلَ بهنَّ ، فأسْلَمْنَ معه ، وكُنَّ ثمانِيًا ، فاختارَ أرْبَعًا منهنَّ ، وفارَقَ أربعًا ، لم يَطَأْ واحدةً من المُختاراتِ حتى تَنْقَضِىَ عِدَّةُ المُفارقاتِ ، لئَلَّا يكونَ واطِئًا لأكثرَ من أربعٍ . فإن كُنَّ خَمْسًا ، ففارَقَ إحْداهُنَّ ، فله وَطْءُ ثَلاثٍ من المُخْتاراتِ ، ولا يَطَأُ الرَّابعةَ حتى تنْقَضِىَ عِدَّةُ المُفارَقةِ . وإن كُنَّ سِتًّا ، ففارَقَ اثنتَيْنِ ، فله وَطْءُ اثْنَتَيْنِ من المُخْتاراتِ . وإن كُنَّ سَبْعًا ، ففارَقَ ثلاثًا ، فله وَطْءُ واحدةٍ من المُخْتاراتِ ، [3]ولا يَطَأُ الباقياتِ حتى تنْقَضِىَ عِدَّةُ المُفارَقاتِ ، فكلَّما انْقَضتْ عِدَّةُ واحدةٍ من المُفارَقاتِ ، فله وَطْءُ واحدةٍ من المُخْتاراتِ[3] . هذا قياسُ المَذْهَبِ .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ١٧ .

(٢) فى ب : « بينهما » .

(٣-٣) سقط من : ب . نقل نظر .

فصل : وإذا تزوَّجَ أُخْتَيْنِ فى حالِ كُفْرِه ، فأَسْلَمَ وأَسْلَمَتا معًا قبلَ الدُّخولِ ، فاختارَ إحداهُما ، فلا مَهْرَ للأُخْرَى ؛ لأنَّنا تبيَّنَّا أنَّ الفُرْقةَ وقَعَتْ بإسْلامِهِم جميعًا ، فلا تَسْتَحِقُّ مَهْرًا ، كما لو فَسَخَ النكاحَ لِعَيْبٍ فى إحداهما ، ولأنَّه نكاحٌ لا يُقَرُّ عليه فى الإِسْلامِ ، فلا يجبُ به مَهْرٌ إذا لم يَدْخُلْ بها ، كما لو تزوَّجَ المَجُوسِيُّ أُخْتَه ، ثم أَسْلَما / قبلَ الدُّخولِ . ٧/٨٠ظ
وهكذا الحكمُ فيما زاد على الأَرْبَعِ إذا أَسْلَمُوا جميعًا قبلَ الدُّخولِ ، فاختارَ أربعًا ، وانْفَسخَ نِكاحُ الْبواقِى ، فلا مَهْرَ لهنَّ ؛ لما ذكَرْنا . واللهُ أعلمُ .

١١٦٩ – مسألة ؛ قال : (وإنْ كَانَتَا أُمًّا وبِنْتًا ، فأَسْلَمَ وأَسْلَمَتا مَعًا قَبْلَ الدُّخولِ ، فَسَدَ نِكاحُ الْأُمِّ ، وإنْ كَانَ دَخَلَ بالأُمِّ فَسَدَ نِكاحُهُمَا)

الكلامُ فى هذه المسألة فى فصلين :

أحدهما : إذا كان إسْلامُهم جميعًا قبلَ الدُّخولِ ، فإنَّه يَفْسُدُ نِكاحُ الأُمِّ ، ويَثْبُتُ نكاحُ البِنْتِ . وهذا أحدُ قَوْلَي الشافعيِّ ، واخْتيار المُزَنِيِّ . وقال فى الآخرِ : يخْتارُ أيَّتَهما شاء ؛ لأنَّ عَقْدَ الشِّرْكِ[1] إنما يَثْبُتُ له حكمُ الصِّحَّةِ إذا انْضَمَّ إليه الاخْتيارُ ، فإذا اخْتارَ الأُمَّ فكأنَّه لم يَعْقِدْ على البِنْتِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿وَأُمَّهاتُ نِسائِكُمْ﴾[2] . وهذه أُمُّ زَوْجَتِه ، فتَدْخُلُ فى عُمُومِ الآيةِ ، ولأنَّها أُمُّ زَوْجَتِه ، فَتَحْرُمُ[3] عليه ، كما لو طَلَّقَ ابْنَتَها فى حالِ شِرْكِه ، ولأنَّه لو تزوَّجَ البنتَ وَحْدَها ، ثم طَلَّقَها ، حَرُمَتْ عليه أُمُّها إذا أَسْلَمَ ، فإذا لم يُطَلِّقْها وتمَسَّكَ بنِكاحِها أَوْلَى . وقولُهم : إنَّما يَصِحُّ العَقْدُ بانْضِمامِ الاخْتيارِ إليه . غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ أنْكِحَةَ الكُفَّارِ صحيحةٌ ، يَثْبُتُ[4] لها أحكامُ الصِّحَّةِ . وكذلك لو انْفَرَدَتْ كان نِكاحُها صحيحًا لازِمًا من غير

---

(١) فى ب : « المشرك » .
(٢) سورة النساء ٢٣ .
(٣) فى الأصل : « فحرم » .
(٤) فى م : « ثبت » .

اختيارٍ ، ولهذا فُوِّضَ إليه الاخْتيارُ هٰهُنـا . ولا يصحُّ أن يختـارَ مَنْ ليس نِكاحُهـا صَحِيحًا ، وإنَّما اخْتُصّتِ الأُمُّ بفَسادِ نِكاحِها ؛ لأنَّها تَحْرُمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ على ابْنَتِها على التَّأْبِيدِ ، فلم يُمْكِنِ اخْتِيارُها ، والبِنْتُ لا تَحْرُمُ قبلَ الدُّخولِ بأُمِّها ، فتَعَيَّنَ النِّكاحُ فيها ، بخِلافِ الأُخْتَيْنِ .

الفصل الثانى : إذا دَخَلَ بهما ، حَرُمَتا على التَّأْبِيدِ ، الأُمُّ لأنَّها أُمُّ زَوْجَتِه ، والبنتُ لأنَّها رَبِيبَتُه من زَوْجَتِه التى دَخَلَ بها . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أجمعَ على هذا كلُّ مَنْ نحفظُ عنه من أهلِ العلمِ . وهذا قولُ الحسنِ ، وعمرَ بن عبد العزيزِ ، وقَتادةَ ، ومالكٍ ، وأهلِ الْحجازِ ، والثَّوْرِىِّ ، وأهلِ العِراقِ ، والشافعىِّ ، ومَنْ تَبِعَهُم . وإن دَخَلَ بالأُمِّ وَحْدَها ، فكذلك ؛ لأنَّ[5] البِنْتَ تكونُ رَبِيبَتَه[6] مَدْخُولًا بأُمِّها ، والأُمُّ حَرُمَتْ بمُجَرَّدِ العَقْدِ على ابْنَتِها . وإن دَخَلَ بالبِنْتِ وحدَها ، ثَبَتَ نِكاحُها ، وفَسَدَ نكاحُ أُمِّها ، كما لو لم يَدْخُلْ بهما[7] . ولو لم تُسْلِمْ معه إلَّا إحْداهما ، كان الحكمُ كما لو أسْلَمَتا معه معًا ؛ فإن كانت المُسْلِمةُ هى الأمَّ ، فهى مُحَرَّمةٌ عليه على كلِّ حالٍ ، وإن كانت البنتَ ، ولم يكُنْ دَخَلَ بأُمِّها[8] ، ثَبَتَ نِكاحُها ، وإن كان دَخَل بأُمِّها ، / فهى مُحَرَّمةٌ على التَّأْبِيدِ . ولو أسْلَمَ وله جارِيَتانِ ، إحداهما أُمُّ الأُخْرَى ، وقد وَطِئَهما جميعًا ، حَرُمَتَا عليه على التَّأْبِيدِ ، وإن كان قد وَطِئَ إحْداهما ، حَرُمَتِ الأُخْرَى على التَّأْبِيدِ ، (9 ولم تَحْرُمِ المَوْطوءةُ ، وإن كان لم يَطَأْ واحدةً منهما[10] ، فله وَطْءُ أيَّتِهما شاء ، فإذا وَطِئَها ، حَرُمَتْ الأُخْرَى على التَّأْبِيد 9) . واللهُ أعلم .

٨١/٧و

---

(٥) فى الأصل ، م : « أن » .

(٦) فى ب : « ربيبة » .

(٧) فى ب ، م : « بها » .

(٨) فى الأصل : « بها » .

(٩ – ٩) سقط من : ب .

(١٠) سقط من : ب ، م .

١١٧٠ – مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ أَسْلَمَ عَبْدٌ ، وتَحْتَهُ زَوْجَتَانِ ، قَدْ دَخَلَ بِهِمَا ، فَأَسْلَمَتَا فِي الْعِدَّةِ ، فَهُمَا زَوْجَتَاهُ ، ولَوْ كُنَّ أَكْثَرَ ، اخْتَارَ مِنْهُنَّ اثْنَتَيْنِ**)

وجملةُ ذلك أنَّ حُكْمَ العبدِ فيما زاد على الاثْنَتَيْنِ حكمُ الحُرِّ فيما زاد على الأَرْبع[1] ، فإذا أسْلَمَ وتحته زَوْجتانِ ، فأَسْلَمَتا معه ، أو فى عِدَّتِهما ، لَزِمَ نِكاحُهما ، حُرَّتَيْنِ كانَتَا أو أَمَتَيْنِ ، أو حُرَّةً وأَمَةً ؛ لأنَّ[2] له الجَمْعَ بينهما فى ابْتِداءِ نِكاحِه ، فكذلك فى اخْتِيارِه . وإن كُنَّ أكثرَ ، اختارَ منهنَّ اثنتَيْنِ ، أَيَّتَهُنَّ شاء ، على ما مَضَى فى الحُرِّ ، فلو كان تحته حُرَّتانِ وأَمَتَانِ ، فله أن يختارَ الحُرَّتَيْنِ أو الأَمَتَيْنِ ، أو حُرَّةً وأَمَةً ، وليس للحُرَّةِ إذا أَسْلَمَتْ معه الخيارُ فى فِراقِه ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بنِكاحِه وهو عَبْدٌ ، ولم يَتَجَدَّدْ رِقُّه بالإِسْلامِ ، ولا تَجَدَّدَتْ حُرِّيَّتُها بذلك ، فلم يكُنْ لها اخْتيارٌ[3] ، كما لو تزَوَّجَتْ مَعِيبًا تَعْلَمُ عَيْبَه ثم أسْلَما . وذكر القاضى وجهًا ، أنَّ لها الخيارَ ؛ لأنَّ الرِّقَّ عَيْبٌ تجدَّدَتْ أحكامُه بالإِسلامِ ، فكأنَّه عَيْبٌ حادِثٌ . والأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فإنَّ الرِّقَّ لم يَزَلْ عَيْبًا ونَقْصًا عندَ العُقَلاءِ ، ولم يتَجَدَّدْ نَقْصُه بالإِسْلامِ ، فهو كسائرِ العُيُوبِ .

فصل : وإن أَسْلَم وتحته أَرْبَعُ حَرَائِرَ ، فأُعْتِقَ ، ثم أَسْلَمْنَ فى عِدَّتِهِنَّ ، أو أَسْلَمْنَ قبلَه ، ثم أُعْتِقَ ، ثم أسْلَم ، لَزِمَه نِكاحُ الأَرْبعِ ؛ لأنَّه ممَّن يجُوزُ له الأَرْبَعُ فى وَقْتِ اجتماعِ إسْلامِهم ، فإنَّه حُرٌّ . فأمَّا إن أسْلَمُوا كلُّهم ، ثم أُعْتِقَ قبلَ أن يختارَ ، لم يكُنْ له أن يختارَ إلَّا اثْنَتَيْنِ ؛ لأنَّه كان عَبْدًا حين ثَبَتَ له الاخْتيارُ ، وهو حالُ اجتماعِهم على الإِسْلامِ ، فتَغَيُّرُ حالِه بعدَ ذلك لا يُغَيِّرُ الحُكْمَ ، كمن أَسْلَم وتحتَه إماءٌ ، فأَسْلَمْنَ معه[4] ، ثم

---

(١) فى ا ، ب ، م : « أربع » .

(٢) فى ا ، م : « لأنه » .

(٣) فى ا ، ب ، م : « خيار » .

(٤) سقط من : الأصل .

أيسَرَ . ولو أسْلَم معه[٥] اثْنَتانِ ، ثم أُعْتِقَ ، ثم أسْلَم الباقياتُ لم يَخْتَرْ[٦] إلَّا اثْنَتَيْنِ ؛ لأنَّه ثَبَتَ له الاخْتيارُ[٧] بإسْلامِ الأُولَيَيْنِ .

فصل : وإن تزوَّجَ أرْبعًا ، فأسْلَمْنَ ، وأُعْتِقْنَ[٨] قبلَ إسْلامِه ، فلَهُنَّ فَسْخُ النِّكاحِ ؛ لأنَّهُنَّ عَتَقْنَ تحت عَبْدٍ ، وإنَّما مَلَكْنَ الفَسْخَ وإن كُنَّ جارياتٍ إلى بَيْنُونةٍ ؛ لأنَّه قد يُسْلِمُ فيَقْطَعُ جَرَيانَهُنَّ إلى البَيْنُونَةِ ، فإذا / فَسَخْنَ ولم يُسْلِمِ الزَّوْجُ ، بِنَّ باخْتلافِ الدِّينِ من حينَ أسْلَمْنَ ، [٩]وتَبَيَّنَ أنَّ الفَسْخَ لم يَصِحَّ[٩] . وإن أسْلَمَ فى العِدَّةِ ، بِنَّ لِفَسْخِ[١٠] النكاحِ ، وعليهنَّ عِدَّةُ الحرائرِ فى المَوْضِعَيْنِ ؛ لأنَّهُنَّ هٰهُنا وَجَبَتْ عليهنَّ العِدَّةُ وهُنَّ حرائرُ ، وفى التى قبلَها عَتَقْنَ فى أثناءِ العِدَّةِ التى يُمْكِنُ الزَّوْجُ تلافِىَ النكاحِ فيها ، فأشْبَهْنَ الرَّجْعِيَّةَ . فإن أخَّرْنَ الفَسْخَ حتى أسْلَمَ الزَّوْجُ ، لم يَسْقُطْ بذلك حَقُّهُنَّ فى[١١] الفَسْخِ ؛ لأنَّ تَرْكَهُنَّ لِلفَسْخِ اعتمادٌ[١٢] على جَرَيانِهِنَّ [١٣]إلى البَيْنُونَةِ[١٣] ، فلم يَتَضَمَّنِ الرِّضَى بالنِّكاحِ كالرَّجْعِيَّةِ إذا أُعْتِقَتْ وأخَّرَتِ الفَسْخَ ، ولو أسْلَم قبلَهُنَّ ، ثم أُعْتِقْنَ ، فاخْتَرْنَ الفَسْخَ ، صَحَّ ؛ لأنَّهُنَّ إماءٌ عَتَقْنَ تحت عَبْدٍ[١٤] . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعىِّ . وقال بعضُهم : لا خِيارَ لهنَّ ؛ لأنَّه لا حاجةَ بهِنَّ إلى الفَسْخِ ، لِكَوْنِه يَحْصُلُ بإقامَتِهِنَّ على الشِّرْكِ ، بخلافِ التى قبلَها . وليس بصحيحٍ ؛ فإنَّ السَّبَبَ مُتَحَقِّقٌ ، وقد يَبْدُو لهنَّ الإسلامُ ، وهو واجبٌ عليهنَّ . فإن قيل : فإذا أسْلَمْنَ اخْتَرْنَ

٨١/٧ ظ

---

(٥) فى ا ، ب ، م : « ومعه » .
(٦) فى ا ، ب ، م : « يجز » .
(٧) فى ا ، ب ، م : « الخيار » .
(٨) فى ا : « ثم أعتقن » .
(٩-٩) سقط من : م .
(١٠) فى الأصل ، ا : « بفسخ » .
(١١) فى ا ، ب ، م : « من » .
(١٢) فى الأصل ، ا : « اعتمادا » أى جرى اعتمادا .
(١٣-١٣) فى م : « لبينونة » .
(١٤) فى ب ، م : « عبده » .

الفَسْخَ . قُلْنا : يتَضَرَّرْنَ بطُولِ العِدَّةِ ، فإنَّ ابْتِداءَها من حينِ الفَسْخِ ، ولذلك مَلَكْنَ الفسخَ فيما إذا أسْلَمْنَ وعَتَقْنَ قبلَه . فأمَّا إن اخْتَرْنَ المُقامَ ، وقُلْنَ : قد رَضِينَا بالزَّوْجِ . فذكَر القاضى أنَّه يَسْقُطُ خِيارُهُنَّ ؛ لأنَّها حالةٌ يَصِحُّ فيها اخْتيارُ الفَسْخِ ، فصَحَّ فيها اخْتيارُ الإقامةِ ، كحالةِ اجْتماعِهِم[15] على الإسلامِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : لا يَسْقُطُ خِيارُهنَّ[16] ؛ لأنَّ اخْتيارَهُنَّ للإقامةِ ضِدٌّ للحالةِ[17] التى هُنَّ عليها ، وهى جَرَيانُهنَّ إلى البَيْنُونةِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو ارْتَدَّتِ الرَّجْعِيَّةُ ، فرَاجَعَها الزَّوْجُ حالَ رِدَّتِها . وهذا يَبْطُلُ بما إذا قال : إذا جاءَ رأسُ الشَّهْرِ فأنْتِ طالِقٌ[18] . ثم عَتَقَتْ ، فاختارَتْ زَوْجَها .

فصل : وإذا أسْلَم الحُرُّ وتحتَه إماءٌ ، فأُعْتِقَتْ إحْداهُنَّ ، ثم أسْلَمَتْ ، ثم أسْلَمَ البَواقِى ، لم يكُنْ له أن يخْتارَ من الإماءِ ؛ لأنَّه مالِكٌ لِعصْمةِ حُرَّةٍ حين اجْتِماعِهِما[19] على الإسلامِ . وإن أسْلَمَتْ إحْداهُنَّ معه ، ثم أُعْتِقَتْ ، ثم أسْلَم البَواقِى ، فله أن يخْتارَ من الإماءِ ؛ لأنَّ العِبْرَةَ بحالِ[20] الاخْتيارِ ، وهى حالةُ اجْتِماعِهِم على الإسلامِ ، وحالةُ اجْتماعِهِما على الإسلامِ كانت أمَةً .

فصل : ولو أسلَم وتحته أربعُ إماءٍ ، وهو عادِمٌ لِلطَّوْلِ خائِفٌ للعَنَتِ ، فأسْلَمْنَ معه ، فله أن يخْتارَ منهنَّ واحدةً ، فإن كانت لا تُعِفُّه ، فله أن يختارَ منهنَّ[21] مَن تُعِفُّه ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْنِ ، والأُخْرَى لا يخْتارُ إلَّا واحدةً . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وتَوْجِيهُهما قد[22] مَضَى فى ابْتداءِ نكاحِ / الإماءِ . وإن عُدِمَ فيه الشَّرْطان ، انْفَسَخَ النِّكاحُ فى ٨٢/٧و

---

(١٥) فى ا : « إجماعهم » .
(١٦) فى ب : « اختيارهن » .
(١٧) فى ب : « الحالة » .
(١٨) فى ا ، ب ، م : « طلق » .
(١٩) فى الأصل ، م : « اجتماعها » .
(٢٠) فى ا : « بحالة » .
(٢١) سقط من : ب .
(٢٢) فى الأصل : « ما » .

الكُلّ ، ولم يكُنْ له خِيارٌ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو ثَوْرٍ : له أن يخْتارَ منهنَّ ؛ لأنَّه اسْتِدامةٌ للعَقْدِ ، لا ابتداءٌ له ، بدليلِ أنَّه لا يُشْتَرطُ له شُروطُ العَقْدِ ، فأشْبَهَ الرَّجْعَةَ[٢٣] . ولَنا ، أنَّ هذه امرأةٌ لا يجوزُ ابْتداءُ العَقْدِ عليها حالَ الإسْلامِ ، فلم يَمْلِكْ اختيارَها[٢٤] ، كالمُعْتَدَّةِ من غيرِه ، وكذَواتِ مَحارِمه . وأمَّا الرَّجْعةُ فهى قَطْعُ جَرَيانِ النِّكاحِ إلى البَيْنُونةِ ، وهذا إثباتُ النِّكاحِ فى امرأةٍ . وإن كان دَخَلَ بهِنَّ ، ثم أسْلَم ، ثم أسْلَمْنَ فى عِدَّتِهِنَّ ، فالحُكْمُ كذلك . وقال أبو بكرٍ : لا يجوزُ له هٰهُنا اخْتيارٌ ، بل يَبِنَّ بمُجَرَّدِ إسْلامِه ، لئلَّا يُفْضِىَ إلى اسْتدامةِ نِكاحِ مُسْلِمٍ فى أَمَةٍ كافرةٍ . ولَنا ، أنَّ إسْلامَهُنَّ فى العِدَّةِ بمَنْزِلةِ إسلامِهِنَّ معه ، ولهذا لو كُنَّ حرائرَ مَجُوسِيَّاتٍ أو وَثَنِيَّاتٍ ، فأسْلَمْنَ فى عِدَّتِهِنَّ ، كان ذلك كإسْلامِهِنَّ معه ، وإن لم يُسْلِمْنَ حتى انْقَضَتْ عِدَّتُهُنَّ[٢٥] ، انْفَسخَ نِكاحُهُنَّ ، سواءٌ كُنَّ كِتابِيَّاتٍ أو غيرَ كتابياتٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ له[٢٦] اسْتِدامةُ النكاحِ فى أَمَةٍ كتابيَّةٍ .

فصل : ولو أسْلَم وهو واجِدٌ للطَّوْلِ ، فلم يُسْلِمْنَ حتى أعْسَرَ ، ثم أسْلَمْن ، فله أن يخْتارَ منهنَّ ؛ لأنَّ شَرائِطَ النكاحِ تُعْتَبرُ فى وقتِ الاخْتِيارِ ، وهو وقتُ اجْتماعِهم على الإسلامِ ، وهو حينئذٍ عادِمٌ للطَّوْلِ خائِفٌ لِلعَنَتِ ، فكان له الاخْتيارُ . وإن أسلَمَ وهو مُعْسِرٌ ، فلم يُسْلِمْنَ حتى أيْسَرَ ، لم يكُنْ له الاخْتيارُ ؛ لذلك . وإن أسلمتْ واحدةٌ منهنَّ وهو مُوسِرٌ ، ثم أسْلَم البواقِى بعدَ إعْسارِه ، لم يكُنْ له أن يختارَ منهنَّ شيئًا ؛ لأنَّ وقتَ الاخْتيارِ دَخَلَ بإسْلامِ الأُولَى ، ألا تَرَى أنَّه لو كان مُعْسِرًا ، كان له اختيارُها ، فإذا كان مُوسِرًا ، بَطَلَ اختيارُه . وإن أسْلمتِ الأُولَى وهو مُعْسِرٌ ، فلم تُسْلِم البواقِى حتى أيْسَرَ ، لَزِمَ نكاحُ الأُولَى ، ولم يكُنْ له الاخْتيارُ من البواقِى ؛ لأنَّ الأُولَى اجْتَمعتْ معه فى حالٍ[٢٧]

(٢٣) فى الأصل ، ا : « الرجعية » . وانظر ما يأتى .

(٢٤) فى ا : « إجبارها » .

(٢٥) سقط من : ا ، وفى ب : « العدة » .

(٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) فى م : « حاله » .

يجوزُ له ابتداءُ نِكاحِها ، بخلافِ البواقِى . ولو أسْلَمَ وأسْلَمْنَ معه وهو مُعْسِرٌ ، فلم يَخْتَرْ حتى أيْسَرَ ، كان له أن يختارَ ؛ لأنَّ حالَ ثُبوتِ الاخْتيارِ كان له ذلك ، فتَغيُّرُ[28] حالِه[29] لا يُسْقِطُ ما ثَبَتَ له ، كما لو تزوَّجَ أو اختارَ ثم أيْسَرَ ، لم يَحْرُمْ عليه اسْتِدامةُ النِّكاحِ .

فصل : فإن أسلمَ وأسلمتْ معه واحدةٌ منهنَّ ، وهو ممَّن يجوزُ له نكاحُ الإمَاءِ ، فله أن يختارَ مَنْ أسْلَمتْ معه ؛ لأنَّ / له أن يختارَها لو أسْلَمْنَ كُلُّهن ، فكذلك إذا أسلمتْ وحدَها . وإن اخْتارَ[30] انْتِظارَ البواقِى جازَ ؛ لأنَّ له غَرَضًا صحيحًا ، وهو أن يكونَ منهنَّ مَنْ هى آثَرُ[31] عندَه من هذه . فإن انْتَظَرَهُنَّ ، فلم يُسْلِمْنَ حتى انْقَضتْ عِدّتُهُنَّ ، تَبيَّنَ أنَّ نِكاحَ هذه كان لازِمًا ، وبانَ البواقِى منذ اخْتَلَفَ الدِّينانِ . وإن أسْلَمْنَ فى العِدَّةِ ، اختارَ منهنَّ واحدةً ، وانفسخَ نكاحُ الباقياتِ[32] حينَ الاخْتيارِ ، وعِدَدُهُنَّ[33] من حينِ الاخْتيارِ . وإن أسْلَمَ بعضُهنَّ دون بعضٍ ، بَانَ اللَّائِى لم يُسْلِمْنَ منذ اخْتَلفَ الدِّينانِ ، والبواقِى من حينِ اخْتيارِه[34] . وإن اختارَ التى أسْلَمتْ معه حينَ أسْلَمتْ ، انْقَطَعَتْ[35] عِصْمةُ البواقِى ، وثَبتَ نِكاحُها . فإن أسلمَ البواقِى فى العِدَّةِ ، تَبيَّنَ أنَّهنَّ بِنَّ منه باخْتيارِه ، وعِدَّتُهُنَّ من حينئذٍ . وإن لم يُسْلِمْنَ ، بِنَّ باخْتِلافِ الدِّينِ ، وعِدّتُهنَّ منه . وإن طَلَّقَ التى أسْلَمَتْ معه ، طَلُقَتْ ، وكان اخْتيارًا لها . وحكمُ ذلك حكمُ ما لو اختارَها صرِيحًا ؛ لأنَّ إيقاعَ طَلَاقِه عليها يتضمَّنُ اخْتيارَها . فأمَّا إن اخْتارَ فَسْخَ نِكاحِها ، لم يكُنْ له ؛ لأنَّ الباقياتِ لم يُسْلِمْنَ معه ، فما زاد العدَدُ على ما لَه إمْساكُه فى هذه الحال ، ولا يَنْفَسِخُ نِكاحُها[36] ، ثم نَنْظُرُ ؛ فإن لم يُسْلِمِ البواقِى ، لَزِمَه نِكاحُها ،

٨٢/٧ ظ

---

(٢٨) فى الأصل : « فيعتبر » . وفى م : « فبغير » .

(٢٩) فى م : « حار » .

(٣٠) فى ا ، م : « أحب » .

(٣١) فى ب ، م : « أبر » .

(٣٢) فى م زيادة : « من » .

(٣٣) فى ا : « وعدتهن » .

(٣٤) فى ب ، م : « اختيار » .

(٣٥) فى م : « انقضت » .

(٣٦) فى م : « النكاح » .

وإن أسْلَمْن فاخْتارَ منهنَّ واحدةً ، انْفَسخَ نكاحُ البواقِى ، والأُولَى مَعَهُنَّ . وإن اختارَ الأُولَى التى فَسَخَ نِكاحَها ، صَحَّ اخْتيارُه لها ؛ لأنَّ فَسْخَه لنِكاحِها (٣٧ لم يَصِحَّ ٣٧) . وفيه وجهٌ آخرُ ذكَره القاضى ، أنَّه لا يَصِحُّ اخْتيارُه لها ؛ لأنَّ فَسْخَه لنِكاحِها (٣٨) إنَّما لم يَصِحَّ مع إقامةِ البواقِى على الكُفْرِ حتى تَنْقَضِىَ العِدَّةُ ، لأنَّنا نتبيَّنُ أنَّ نِكاحَها كان لازِمًا ، فإذا أسْلَمْنَ لَحِقَ إسلامُهُنَّ بتلكَ الحالِ ، وصار كأنَّهُنَّ أسْلَمْنَ فى ذلك الوقتِ ، فإذا فَسَخَ نِكاحَ إحْداهُنَّ ، صَحَّ الفسخُ ، ولم يكُنْ له (٣٩ أن يَخْتارَها ٣٩) . وهذا يَبْطُلُ بما لو فَسَخَ نِكاحَ إحْداهُنّ قبلَ إسْلامِها ، فإنَّه لا يَصِحُّ ، ولا يُجْعَلُ إسْلامُهن المَوْجُودُ فى الثانى كالمَوْجُودِ سابقًا ، كذلك هٰهُنا .

فصل : فإن أسْلَمَ وتَحْتَه إماءٌ وحُرّةٌ ، ففيه ثلاثُ مسائِل ؛ إحْداهُنَّ ، أسْلَمَ وأسْلَمْنَ معه كُلُّهنّ ، فإنَّه يَلْزَمُ نِكاحُ الحُرَّةِ ، ويَنْفَسِخُ نِكاحُ الإماءِ ؛ لأنَّه قادِرٌ على الحُرَّةِ ، فلا يختارُ أمَةً . وقال أبو ثورٍ : له أن يختارَ . وقد مَضَى الكلامُ معه . الثانية ، أسْلَمتِ الحُرَّةُ معه دُونَ الإماءِ ، فقد ثَبَتَ نِكاحُها ، وانقطعتْ عِصْمَةُ الإماءِ ، فإن لم يُسْلِمْنَ حتى انْقَضتْ عِدَّتُهنَّ ، بِنَّ باخْتلافِ / الدِّينِ ، وابْتِداءُ عِدَدِهِنَّ (٤٠) من حينَ أسْلَمَ . وإن أسْلَمْنَ فى عِدَدِهنّ ، بِنَّ من حين إسْلامِ الحُرَّةِ ، وعِدَدُهُنَّ من حينِ إسْلامِها . فإن ماتت الحُرَّةُ بعدَ إسْلامِها ، لم يتغَيَّر الحكمُ بمَوْتِها ؛ لأنَّ مَوْتَها بعدَ ثُبوتِ نِكاحِها وانْفساخ نِكاحِ الإماءِ ، لا يُؤَثِّرُ فى إباحَتِهِنَّ . الثالثة ، أسْلَمَ الإماءُ دون الحُرَّةِ وهو مُعْسِرٌ ، فلا يخْلُو ؛ إمَّا أن تَنْقَضِىَ عِدَّتُها قبلَ إسلامِها ، فتَبِينُ باخْتِلافِ الدِّينِ ، وله أن يختارَ من الإماءِ ؛ لأنَّه لم يَقْدِرْ على الحُرَّةِ ، أو تُسْلِمَ فى عِدَّتِها ، فيَثْبُتُ نِكاحُها ، ويَبْطُلُ نِكاحُ الإماءِ ، كما لو أسْلَمْنَ دَفْعةً واحدةً ، وليس له أن يختارَ من الإماءِ قبلَ إسْلامِها

٨٣/٧و

(٣٧ - ٣٧) فى الأصل : « ما صح » .

(٣٨) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٣٩ - ٣٩) فى الأصل : « اختيارها » .

(٤٠) فى م : « عدتهن » .

وانْقضاءِ[٤١] عِدَّتِها ؛ لأنَّنا لا نعلمُ أنَّها لا تُسْلِمُ ، فإن طَلَّقَ الحُرَّةَ ثلاثًا قبلَ إسلامِها ، ثم لم تُسْلِمْ ، لم يَقَع[٤٢] الطَّلَاقُ ؛ لأنَّا تبيَّنَّا أنَّ النكاحَ انْفَسخَ باخْتِلافِ الدِّينِ ، وله الاختيارُ من الإماءِ ، وإن أسْلَمتْ فى عِدَّتها ، بانَ أنَّ نِكاحَها كان ثابتًا ، وأنَّ الطَّلاقَ وَقَعَ فيه[٤٣] ، والإماءُ بِنَّ بثُبوتِ نِكاحِها قبلَ الطَّلَاقِ .

فصل : وإن أسلمَ وتحته إماءٌ وحُرَّةٌ ، فأسْلَمْنَ ، ثم عَتَقْنَ قبلَ إسْلامِها ، لم يكُنْ له أن يخْتارَ منهنَّ ؛ لأنَّ نِكاحَ الأَمَةِ لا يجوزُ لقادِرٍ على حُرَّةٍ ، وإنَّما يُعْتَبَرُ حالُهنَّ حالَ ثُبُوتِ الاخْتيارِ ، وهو حالةُ اجتماعِ إسْلامِه وإسْلامِهِنَّ ، ثم نَنْظُرُ ؛ فإن لم تُسْلِم الحُرَّةُ ، فله الاخْتيارُ منهنَّ ، ولا يخْتارُ إلَّا واحدةً ، اعتبارًا بحالةِ[٤٤] اجْتماعِ إسلامِه وإسلامِهِنَّ ، وإن أسْلَمتْ فى عِدَّتِها ، ثَبَتَ نِكاحُها ، وانْقَطعتْ عِصْمَتُهنَّ ، فإن كان قد اختارَ واحدةً من المُعْتَقاتِ فى عِدَّةِ الحُرَّةِ ، ثم لم تُسْلِمْ ، فلا عِبْرةَ باخْتيارِه ، وله أن يخْتارَ غيرَها ؛ لأنَّ الاخْتيارَ لا يكونُ موقوفًا ، فأمَّا إن عَتَقْنَ قبل أن يُسْلِمْنَ ، ثم أسْلَمْنَ واجْتَمَعْنَ[٤٥] معه على الإسلامِ وهُنَّ حرائرُ ، فإن كان جميعُ الزَّوْجاتِ أرْبعًا فما دُونَ ، ثَبَتَ نِكاحُهُنَّ ، وإن كُنَّ زائداتٍ على أرْبعٍ ، فله أن يخْتارَ منهنَّ أرْبعًا ، وتَبْطُلُ عِصْمةُ الخامسةِ ؛ لأنَّهنَّ صِرْنَ حرائرَ فى حالةِ الاخْتيارِ ، وهى حالةُ اجتماعِ إسْلامِه وإسْلامِهنَّ ، فصار حُكْمُهنَّ حُكْمَ الحرائرِ الأصْلِيّاتِ ، وكما لو أُعْتِقْنَ قبلَ إسْلامِه وإسْلامِهِنَّ ، ولو أسْلَمْنَ قبلَه ، ثم أُعْتِقْنَ ، ثم أسْلَمَ ، فكذلك ، ويكونُ الحكمُ فى هذا كما لو أسْلَمَ وتحته خَمْسُ حَرائِرَ[٤٦] أو أكثرُ ، على ما مَرَّ تَفْصِيلُه[٤٦] .

---

(٤١) فى الأصل ، ا : « وقضاء » . وفى ب : « أو قضاء »

(٤٢) فى ا ، ب ، م : « يقطع » .

(٤٣) فى ب : « عنه » .

(٤٤) فى م : « لحالة » .

(٤٥) فى الأصل : « واجتمعت » .

(٤٦ - ٤٦) سقط من : ب .

فصل : ولو أسْلَمَ وتحتَه خَمْسُ حرائرَ ، فأسْلَم معه منهنَّ اثْنَتان ، احْتَمَلَ أن يُجْبَرَ على اخْتيارِ إحْداهما ؛ لأنَّه لابُدَّ أن يَلْزَمَه نِكاحُ / واحدةٍ منهما ، فلا معنى لِانْتِظارِ الْبَواقِى فإذا اختارَ واحدةً ، ولم يُسْلِم البواقِى ، لَزِمَه نِكاحُ الثانيةِ . وكذلك إن لم يُسْلِمْ من البواقِى إلَّا اثْنَتان ، لَزِمَه نِكاحُ الأرْبع . وإن أسْلَمَ الجميعُ فى العِدَّةِ ، كُلِّفَ أن يخْتارَ ثلاثًا مع التى اختارَها أوَّلًا ، ويَنْفَسِخُ نِكاحُ الباقيةِ . وعلى هذا لو أسلَمَ معه ثلاثٌ ، كُلِّفَ اخْتيارَ اثْنَتَيْنِ . وإن أسلَم معه أربَعٌ ، كُلِّف اخْتيارَ ثلاثٍ منهنَّ ، إذ لا معنى لِانْتِظارِه الخامسةَ[47] . ونِكاحُ ثلاثٍ منهنَّ لازِمٌ له على كلِّ حال . ويَحْتَمِلُ أن لا يُجْبَرَ على الاختيارِ ؛ لأنَّه إنَّما يكونُ عند زِيادةِ العَدَدِ على أرْبَعٍ ، وما وُجِدَ ذلك ، وكذلك لو أسْلَمَتْ معه واحدةٌ من الإماءِ ، لم يُجْبَرْ على اخْتيارِها ، كذا هٰهُنا . والصحيحُ هٰهُنا أنَّه[48] يُجْبَرُ على اخْتيارِها ؛ لما ذكَرْنا من المعنى . وأمَّا الأمَةُ ، فقد يكونُ له غَرَضٌ فى اخْتيارِ غيرِها ؛ بخلافِ مَسْألَتِنا .

٨٣/٧ظ

١١٧١ – مسألة ؛ قال : (وإذَا تَزَوَّجَهَا ، وهُمَا كِتَابِيَّانِ ، فَأَسْلَمَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، أوْ بَعْدَهُ ، فَهِىَ زَوْجَتُهُ ، وإنْ كَانَتْ هِىَ المُسْلِمَةَ قَبْلَهُ وقَبْلَ الدُّخُولِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، وَلَا مَهْرَ لَهَا)

وجملةُ ذلك أنَّه إذا أسْلَم زَوْجُ الكِتابيَّةِ قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه ، أو أسْلَما معًا ، فالنِّكاحُ باقٍ بحالِه ، سواءٌ كان زَوْجُها كِتابيًّا أو غيرَ كتابِىٍّ ؛ لأنَّ للمُسْلِمِ أن يَبْتَدِئَ نكاحَ كتابيَّةٍ ، فاسْتِدَامتُه[1] أوْلَى . ولا خِلافَ فى هذا بين القائلينَ بإجازةِ نكاحِ الكتابيَّةِ . فأمَّا إن أسْلَمتِ الكتابيَّةُ[2] قبلَه وقبلَ الدُّخولِ ، تُعُجِّلَتِ الفُرْقةُ ، سواءٌ كان زَوْجُها كتابِيًّا أو غيرَ كتابِىٍّ ؛ إذ لا يجوزُ لكافرٍ نِكاحُ مُسْلِمةٍ . قال ابنُ الْمُنْذِرِ : أجْمَعَ على هذا كلُّ مَنْ أحْفَظُ[3] عنه من أهْلِ العِلْمِ . وإن كان إسلامُها بعدَ الدخولِ ، فالحُكْمُ فيه كالحُكْمِ فيما لو أسْلَمَ أحدُ الزَّوْجَيْنِ الوَثَنِيَّيْنِ[2] ، على ما تقدَّم . وإذا كانت هى

---

(٤٧) فى ب : « للخامسة » .
(٤٨) فى ا ، م : « أن » .
(١) فى ب ، م : « فاستدامة » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى م : « نحفظ » .

المُسْلِمةَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ منها . وقد مضَى الكلامُ فى هذا أيضا بما فيه كِفايةٌ .

فصل : وإذا تزوَّجَ المَجُوسِىُّ كِتابِيَّةً ، ثم تَرَافَعا إلينا قبلَ الإسلامِ ، فُرِّقَ بينهما . قال أحمدُ ، فى مَجُوسىٍّ تزوَّجَ كتابِيَّةً : يُحالُ بينَه وبينها . قيل : مَنْ يَحُولُ بينَه وبينَ ذلك ؟ قال : الإمامُ . ويَحْتَمِلُ هذا الكلامُ أن يُحالَ بينهما وإن لم يَترافَعا إلينا ؛ لأنَّها أعْلَى دِينًا منه ، فيُمْنَعُ نِكاحَها كما يُمْنَعُ[٤] الذِّمِّىُّ نِكاحَ المُسْلِمةِ . وإن تزوَّجَ الذِّمِّىُّ وَثَنِيَّةً أو مَجُوسيَّةً ، ثم ترافَعُوا إلينا ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يُقَرُّ على نِكاحِها ؛ لأنَّها ليست أعْلَى دِينًا منه ، فيُقَرُّ على نِكاحِها ، كما يُقَرُّ المسلمُ على نِكاحِ / الكتابيَّةِ . والثانى ، لا يُقَرُّ على نِكاحِها ؛ لأنَّها ممَّن لا يُقَرُّ المُسْلِمُ على نكاحِها ، فلا يُقَرُّ الذِّمِّىُّ على نكاحِها ، كالمُرْتَدَّةِ .

٨٤/٧ و

١١٧٢ – مسألة ؛ قال : (وَمَا سَمَّى لَهَا ، وَهُمَا كَافِرَانِ ، فَقَبَضَتْهُ ، ثُمَّ أَسْلَمَا ، فَلَيْسَ لَهَا غَيْرُهُ ، [١]وإنْ كَانَ حَرَامًا[١] . وَلَوْ لَمْ تَقْبِضْهُ ، وَهُوَ حَرَامٌ ، فَلَهَا عَلَيْهِ مَهْرُ مِثْلِهَا ، أو نِصْفُهُ ، حَيْثُ أَوْجَبَ ذٰلِكَ)

وجملتُه أنَّ الكُفّارَ إذا أسْلَمُوا ، وتَحاكَمُوا إلينا بعدَ العَقْدِ والقَبْضِ ، لم نتعرَّضْ لما[٢] فَعلُوه ، وما قَبَضَتْ من المَهْرِ فقد نَفَذَ ، وليس لها غيرُه ، حلالًا كان أو حرامًا ، بدليل قوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ ﴾[٣] . فأمَرَ بتَرْكِ ما بَقِىَ دونَ ما قُبِضَ . وقال تعالى : ﴿ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ ﴾[٤] . ولأنَّ التَّعَرُّضَ للمَقْبُوضِ بإبْطالِه يَشُقُّ ، لتَطاوُلِ الزَّمانِ ، وكَثْرةِ

---

(٤) فى الأصل ، ا : « منع » .
(١ – ١) سقط من : الأصل .
(٢) فى ا ، م : « إلى ما » .
(٣) سورة البقرة ٢٧٨ .
(٤) سورة البقرة ٢٧٥ .

تَصرُّفاتِهم فى الحَرامِ ، ففيه تَنْفِيرُهُم عن الإِسْلامِ ، فعُفِى عنه ، كما عُفِىَ عمَّا تَرَكُوه من الفَرَائضِ والواجباتِ ، ولأنَّهما تَقابَضا بحُكْمِ الشِّرْكِ ، فبرِئَتْ ذِمَّةُ مَنْ هو عليه منه ، كما لو تَبايعا بَيْعًا فاسِدًا وتَقابَضا . وإن لم يتَقابضَا ، فإن كان المُسَمَّى حلالًا ، وَجَبَ ما سَمَّياه ؛ لأنَّه مُسَمًّى صحيحٌ فى نِكاحٍ صحيحٍ ، فوَجَبَ ، كتَسْمِيَةِ المُسْلِمِ ، وإن كان حَرامًا ، كالخَمْرِ والخِنْزِيرِ ، بَطَلَ ، ولم يُحْكَمْ به ؛ لأنَّ ما سَمَّياه لا يجوزُ إيجابُه فى الحُكْمِ ، ولا يجوزُ أن يكونَ صَداقًا لمُسلمةٍ ، ولا فى نِكاحِ مُسْلِمٍ ، ويجبُ مَهْرُ المِثْلِ إن كان بعدَ الدُّخولِ ، ونِصْفُه إن وقَعتِ الفُرْقةُ قبلَ الدُّخولِ . وهذا معنى قولِه : حيثُ أَوْجَبَ ذلك . وبهذا قال الشافعىُّ وأبو يوسفَ . وقال أبو حنيفةَ : إن كان أصْدَقَها[5] خَمْرًا أو خِنْزِيرًا مُعَيَّنَيْنِ ، فليس لها إلَّا ذلك ، وإن كانَا غيرَ مُعَيَّنَيْنِ ، فلها فى الخَمْرِ القيمةُ ، وفى الخِنْزِيرِ مَهْرُ المِثْلِ ، اسْتِحْسانًا . ولَنا ، أنَّ الخمرَ لا قيمةَ لها فى الإسلامِ ، فكان الواجبُ مَهْرَ المِثْلِ ، كما لو أصْدَقَها خِنْزِيرًا ، ولأنَّه مُحَرَّمٌ ، فأشْبَهَ ما ذكَرنا .

فصل : وإن قَبَضَتْ بعضَ الحرامِ دُونَ بعضٍ ، سَقَطَ من المَهْرِ بقَدْرِ ما قُبِضَ ، ووَجَبَ بحِصَّةِ ما بَقِىَ من مَهْرِ المِثْلِ ، فإن كان الصَّداقُ عَشرةَ زِقاقِ خَمْرٍ مُتَساوِيةً ، فقَبَضَتْ[6] خَمْسًا منها ، سَقَطَ نِصْفُ المَهْرِ ، ووَجَبَ لها نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ ، وإن كانت مختلفةً ، اعْتُبِرَ ذلك بالكَيْلِ ، فى أحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ / لأنَّه إذا وَجَبَ اعْتِبارُه ، اعْتُبِرَ بالكَيْلِ فيما له مِثْلٌ يتأتَّى الكيلُ فيه . والثانى ، يُقَسَّمُ على عَدَدِها ؛ لأنَّه لا قِيمةَ لها ، فاسْتَوَى صغيرُها وكبيرُها . وإن أصْدَقَها عشرةَ خنازِيرَ ، ففيه الوَجْهان ؛ أحدُهما ، يُقَسَّمُ على عددِها ؛ لما ذكرنا ، والثانى ، يُعْتَبرُ قِيمَتُها كأنَّها[7] ممَّا يجوزُ بَيْعُه ، كما تُقَوَّمُ شِجَاجُ الحُرِّ كأنَّه عَبْدٌ . وإن أصْدَقها كَلْبًا وخِنْزِيرَيْنِ[8] وثلاثةَ زِقاقِ خَمْرٍ ، ففيه ثلاثةُ

٨٤/٧ظ

---

(٥) فى الأصل ، م : « صداقها » .

(٦) فى ا ، م : « فقبلت » .

(٧) فى الأصل : « كأنه » .

(٨) فى م : « وخنزيرا » .

أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، يُقَسَّمُ على قَدْرِ قِيمَتِها عندَهم . والثانى ، يُقَسَّمُ على عَدَدِ الأَجْناسِ ، فيُجْعَلُ لكلِّ جِنْسٍ ثُلُثُ المَهْرِ . والثالث ، يُقَسَّمُ على العددِ كُلِّه ، فلِكُلِّ واحدٍ سُدسُ المَهْرِ ، فلِلكَلْبِ سُدسُه ، ولكلِّ واحدٍ من الخِنْزِيرَيْنِ والزِّقاقِ سدسُه . ومذهبُ الشافعىِّ فيه على نحوٍ من هذا .

فصل : فإن نَكَحَها نِكاحًا فاسدًا ، وهو ما لا يُقَرُّونَ عليه إذا أَسْلَمُوا ، كنِكاحِ ذَواتِ الرَّحِمِ[9] المَحْرَمِ ، فأسْلَما قبلَ الدُّخولِ ، أو ترافَعُوا إلينا ، فُرِّقَ بينهما ، ولا مَهْرَ لها . قال أحمدُ ، فى الْمَجُوسِيَّةِ تكونُ تحتَ أخِيها أو أبِيها ، فيُطَلِّقُها أو يموتُ عنها ، فتَرْتَفِعُ[10] إلى المسلمينَ بطَلَبِ مَهْرِها : لا مَهْرَ لها . وذلك لأنَّه نكاحٌ باطلٌ من أصْلِه ، لا يُقَرُّ عليه فى الإسلامِ ، وحَدَثَ[11] فيه الفُرْقةُ قبلَ الدُّخولِ . فأمَّا إن دَخَلَ بها ، فهل يجبُ لها[12] مَهْرُ المِثْلِ ؟ يُخَرَّجُ على الرِّوايتَيْن فى المسلمِ إذا وَطِئَ امرأةً من مَحارِمِه بشُبْهةٍ .

فصل : إذا تزوَّجَ ذِمِّىٌّ ذِمِّيَّةً ، على أنْ لا صَداقَ لها ، أو سَكَتَ عن ذِكْرِه ، فلها المطالبةُ بفَرْضِه ، إن كان قبلَ الدُّخولِ ، وإن كان بعدَه ، فلها مهرُ المِثْلِ ، كما فى نِكاحِ المسلمينَ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال أبو حنيفةَ : إن تزوَّجَها على أن لا مَهْرَ لها ، فلا شىءَ لها ، وإن سَكَتَ عن ذِكْرِه ، ففيه رِوايتان ؛ إحداهما ، لا مَهْرَ لها . والأُخْرَى : لها مَهْرُ[13] المِثْلِ . واحْتَجَّ بأنَّ المهرَ يجبُ لحَقِّ اللهِ تعالى وحَقِّها ، وقد أسْقَطَتْ حَقَّها ، والذِّمِّىُّ لا يُطالَبُ بحَقِّ اللهِ تعالى . ولَنا ، أنَّ هذا نكاحٌ خَلا عن تَسْمِيَةٍ ، فيجبُ للمرأةِ فيه مَهْرُ المِثْلِ كالمُسْلِمةِ ، وإنَّما وَجَبَ المهرُ فى حَقِّ المُفَوِّضةِ لئلَّا تَصِيرَ كالمَوْهُوبةِ والمُباحةِ ، وهذا يُوجَدُ فى حَقِّ الذمىِّ .

---

(9) فى ا : « المحارم » .

(10) فى ا ، م : « فترفع » .

(11) فى م : « وحصل » .

(12) سقط من : ب .

(13) سقط من : م .

فصل : إذا ارْتَفَعُوا إلى الحاكِمِ فى ابتداءِ العَقْدِ ، لم يُزَوِّجْهُم إلَّا بشُرُوطِ نكاحِ المسلمينَ ؛ لقولِ الله عز وجل : ﴿ وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ ﴾[14] . وقوله : ﴿ وَأَنِ ٱحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ ٱللَّهُ ﴾[15] . / ولأنَّه لا حاجةَ إلى عَقْدِه ، بخِلافِ ذلك . ٨٥/٧و
وإن أسْلَمُوا ، أو ترافَعُوا[16] إلينا بعدَ العَقْدِ ، لم نَتَعَرَّضْ لكَيْفِيَّةِ عَقْدِهم ، ونَظَرْنا فى الحالِ ؛ فإن كانت المرأةُ ممَّن يجوزُ عَقْدُ النكاحِ عليها ابتداءً ، أقَرَّهُما ، وإن كانت ممَّن لا يجوزُ ابتداءُ نِكاحِها ، كذواتِ مَحْرَمِهِ ، فُرِّقَ بينهما . فإن تزوَّجَ مُعْتَدَّةً وأسْلَما ، أو ترافَعا فى عِدَّتِها ، فُرِّق بينهما ؛ لأنَّه لا يجوزُ ابتداءُ نِكاحِها ، وإن كان بعدَ انْقضائِها ، أُقِرَّ لجَوازِ ابْتداءِ نِكاحِها . وإن كان بينهما نِكاحُ مُتْعةٍ ، لم يُقَرَّا عليه ؛ لأنَّه إن كان بعدَ المُدَّةِ ، فلم يَبْقَ بينهما نِكاحٌ ، وإن كان فى المُدَّةِ ، فهما لا يَعْتَقِدانِ تأْبيدَه ، والنكاحُ عَقْدٌ مُؤَبَّدٌ ، إلَّا أن يكونا ممَّن يَعْتَقِدُ إفسادَ الشَّرْطِ وصِحَّةَ النكاحِ مُؤَبَّدًا ، فيُقَرَّانِ عليه . وإن كان بينهما نِكاحٌ شَرِطَ[17] فيه الخِيارُ متى شاءَا أو شاءَ أحَدُهما ، لم يُقَرَّا عليه ؛ لأنَّهما لا يَعْتَقِدان لُزُومَه ، إلَّا أن يَعْتَقِدَا فَسادَ الشَّرْطِ وَحْدَه . وإن كان خِيارَ مُدَّةٍ ، فأسْلَما فيها ، لم يُقَرَّا ؛ لذلك . وإن كان بعدَها أُقِرَّا ؛ لأنَّهما يعْتَقِدانِ لُزُومَه . وكلُّ ما اعْتَقَدُوه ، فهو نكاحٌ يُقَرُّونَ عليه ، وما لا فلا ، فلو مَهَرَ حَرْبِىٌّ حَرْبِيَّةً ، فوَطِئَها ، أو طاوَعَتْه ، ثم أسْلَما ، فإن كان ذلك فى اعْتقادِهم نِكاحًا ، أُقِرَّا عليه ؛ لأنَّه نِكاحٌ لهم فى مَن يجوزُ ابْتِداءُ نِكاحِها ، فأُقِرَّا عليه ، كالنِّكاحِ بلا وَلِىٍّ ، وإن لم يَعْتَقِداهُ نِكاحًا ، لم يُقَرَّا عليه .

فصل : وأنْكِحَةُ الكُفَّارِ تتعَلَّقُ بها أحكامُ النكاحِ الصَّحيحِ ، من وُقوعِ الطَّلاقِ ، والظِّهارِ ، والإيلاءِ ، ووُجوبِ المَهْرِ ، والقَسْمِ ، والإباحةِ للزَّوْجِ الأوَّلِ ،

---

(١٤) سورة المائدة ٤٢ .

(١٥) سورة المائدة ٤٩ .

(١٦) فى ا ، ب ، م : « وترافعوا » .

(١٧) فى م : « شرطه » .

والإحْصانِ ، وغير ذلك . وممَّن أجازَ طَلَاقَ الكُفّارِ ، عَطاءٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، وحَمَّادٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . ولم يُجوِّزْه الحسنُ ، وقَتادةُ ، ورَبيعةُ ، ومالكٌ . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ من بالغٍ عاقلٍ فى نكاحٍ صحيحٍ ، فوقَعَ ، كطَلَاقِ المسلِمِ . فإن قيلَ : لا نُسَلِّمُ صِحَّةَ أنْكِحَتِهم . قُلْنا : دليلُ ذلك أنَّ اللهَ تعالى أضافَ النِّساءَ إليهم ، فقال : ﴿ وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ ﴾[18] . وقال : ﴿ ٱمْرَأَتَ فِرْعَوْنَ ﴾[19] . وحَقِيقةُ الإضافةِ تَقْتَضِى زَوْجِيَّةً صحيحةً . وقال النَّبىُّ ﷺ : « وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ ، لَا مِنْ سِفَاحٍ »[20] . وإذا ثَبَتَ صِحَّتُها ، ثَبَتَتْ أحكامُها ، كأنْكِحةِ المُسْلِمينَ . فعلى هذا ، إذا طَلَّقَ الكافرُ ثلاثًا ، ثم تزَوَّجَها قبلَ زَوْجٍ ، وأصَابَها[21] ، ثم أسْلَما ، لم يُقَرَّا عليه . وإن طَلَّقَ امْرأتَه أقَلَّ من ثَلاثٍ ، / ثم أسْلَما ، فهى عندَه على ما بَقِىَ من طَلاقِها . وإن نَكَحَها كِتَابِىٌّ وأصابَها ، حَلَّتْ لمُطَلِّقِها ثَلاثًا ، سواءٌ كان المُطَلِّقُ مُسْلِمًا أو كافِرًا . وإن ظاهَرَ الذِّمِّىُّ من امْرأتِه ، ثم أسْلَما ، فعليه كَفَّارةُ الظِّهارِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾[22] . وإن آلَى ، ثَبَتَ حُكْمُ الإيلاءِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾[23] .

٨٥/٧ظ

فصل : ويَحْرُمُ عليهم فى النكاحِ ما يَحْرُمُ على المسلمينَ ، [24]على ما[24] ذَكَرْنا فى البابِ قبلَه ، إلَّا أنَّهم يُقَرُّونَ على الأنْكِحةِ المُحَرَّمةِ بشَرْطَين ؛ أحدهما ، أن لا يترافَعُوا إلينا . والثانى ، أن يَعْتَقِدُوا إباحةَ ذلك فى دِينِهم ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِنْ جَآءُوكَ

---

(١٨) سورة المسد ٤ .

(١٩) سورة القصص ٩ ، وسورة التحريم ١١ .

(٢٠) تقدم تخريجه فى : ٩ / ٣٣٩ .

(٢١) فى الأصل ، ا ، ب : « وأصابه » .

(٢٢) سورة المجادلة ٣ .

(٢٣) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٢٤ – ٢٤) فى الأصل : « مما » .

﴿ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا ﴾[25] . فيدُلُّ[26] هذا على أنَّهم يُخَلَّوْنَ وأحكامَهم إذا لم يَجِيئُوا إلينا ، ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ أخذ الجِزْيَةَ من مَجُوسِ هَجَرَ[27] ، ولم يَعْتَرِضْ[28] عليهم فى أحكامِهم ولا فى أنْكِحَتِهم ، مع عِلْمِه أنَّهم يَسْتَبِيحُون نكاحَ مَحارِمِهم . وقد رُوِىَ عن أحمدَ ، فى مَجُوسِىٍّ[29] تزوجَ نَصْرَانِيَّةً[30] ، قال : يُحالُ بينَه وبينَها . قيل : مَنْ يَحُولُ بينهما ؟ قال : الإمامُ . قال أبو بكر ؛ لأنَّ عَلَيْنا ضَرَرًا فى ذلك . يعنى بتَحْرِيمِ أولادِ النَّصْرانيَّةِ علينا . وهكذا يجىءُ على قولِه فى تَزْوِيجِ النَّصْرانِىِّ الْمَجُوسيَّةَ ، ويجىءُ على هذا القولِ أن يُحالَ بينهم وبين نكاحِ مَحارِمِهم ؛ فإنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، كتَبَ ، أن فرِّقُوا بينَ كلِّ ذِى[31] مَحْرَمٍ من المَجُوسِ[32] . وقال أحمدُ ، فى مَجُوسِىٍّ مَلَكَ أمةً نَصْرانيَّةً : يُحالُ بينه وبينها ، ويُجْبَرُ على بَيْعِها ؛ لأنَّ النَّصارَى لهم دِينٌ . فإن مَلَكَ نَصْرانىٌّ مَجُوسِيَّةً ، فلا بأْسَ أن يَطَأَها . وقال أبو بكرٍ عبدُ العزيز : لا يجوزُ له وَطْؤُها أيضا ؛ لما ذكرْناه من الضَّررِ .

١١٧٣ ـ مسألة ؛ قال : (وَلَوْ تزَوَّجَهَا ، وَهُمَا مُسْلِمانِ ، فَارْتَدَّتْ قَبلَ الدُّخُولِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، وَلَا مَهْرَ لَهَا . وإنْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَدَّ قَبْلَهَا وقَبْلَ الدُّخُولِ ، فَكَذٰلِكَ ، إلَّا أنَّ عَلَيْهِ نِصْفَ الْمَهْرِ)

---

(٢٥) سورة المائدة ٤٢ .

(٢٦) فى م : « فدل » .

(٢٧) أخرجه البخارى ، فى : باب الجزية والموادعة مع أهل الحرب ، من كتاب الجزية . صحيح البخارى ٤ / ١١٧ . وأبو داود ، فى : باب أخذ الجزية من المجوس ، من كتاب الخراج . سنن أبى داود ٢ / ١٥٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى أخذ الجزية من المجوس ، من أبواب السير . عارضة الأحوذى ٧ / ٨٥ . والإمام مالك ، فى : باب جزية أهل الكتاب والمجوس ، من كتاب الزكاة . الموطأ ١ / ٢٧٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٩٠ ، ١٩١ .

(٢٨) فى ا : « يتعرض » .

(٢٩) فى م : « المجوسى » .

(٣٠) فى م : « نصرانيا » .

(٣١) سقط من : م . وفى ا : « ذى رحم » .

(٣٢) أخرجه البخارى ، وأبو داود ، والإمام أحمد ، فى المواضع السابقة .

وجملةُ ذلك أنَّه إذا ارْتَدَّ أحدُ الزَّوْجَيْنِ قبلَ الدُّخولِ ، انْفسخَ النِّكاحُ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا أنَّه حُكِىَ عن داودَ ، أنَّه لا ينْفَسِخُ بالرِّدَّةِ ، لأنَّ الأصْلَ بقاءُ النِّكاحِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾[1] . وقال تعالى : ﴿ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾[1] . ولأنَّه اخْتلافُ دِينٍ يمنعُ الإصابةَ ، فأوْجَبَ فَسْخَ النِّكاحِ ، كما لو أسْلَمَتْ تحتَ كافرٍ . ثم يُنْظَرُ ؛ فإن كانت المرأةُ هى المُرْتَدَّةَ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ من قِبَلِها ، وإن كان / الرجلُ هو المُرْتَدَّ ، فعليه نِصْفُ المَهْرِ ؛ لأنَّ الفَسْخَ من جِهَتِه ، فأشْبَهَ ما لو طَلَّقَ ، وإن كانت التَّسْمِيةُ فاسدةً ، فعليه نِصْفُ [2]مَهْرِ المِثْلِ[2] .

٨٦/٧و

١١٧٤ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ رِدَّتُهَا بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا . وَإِنْ لَمْ تُسْلِمْ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَلَوْ كَانَ هُوَ الْمُرْتَدَّ [1]بَعْدَ الدُّخُولِ[1] ، فَلَمْ يَعُدْ إِلَى الْإِسْلَامِ حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ مُنْذُ اخْتَلَفَ الدِّينَانِ)

اخْتلَفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فيما إذا ارْتَدَّ أحدُ الزَّوْجيْنِ بعدَ الدُّخولِ ، حسب اخْتِلافِها فيما إذا أسْلَمَ أحدُ الزَّوْجيْنِ الكافِرَيْنِ ، ففى إحْداهما تُتَعَجَّلُ الفُرْقةُ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ . ورُوِى ذلك عن الحسنِ ، وعمرَ بن عبد العزيزِ ، والثَّوْرِىِّ ، وزُفَرَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ الْمُنْذِرِ ؛ لأنَّ ما أوْجَبَ فَسْخَ النكاحِ اسْتَوَى فيه ما قبلَ الدُّخولِ وبعدَه ، كالرَّضَاعِ . والثانية ، يَقِفُ على انْقِضاءِ العِدَّةِ ، فإن أسْلَمَ المُرْتَدُّ قبلَ انْقِضائِها ، فهما على النكاحِ ، وإن لم يُسْلِمْ حتى انْقَضتْ ، بانَتْ مُنْذُ اخْتَلَفَ الدِّينان . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّه لَفْظٌ تَقَعُ به الفُرْقةُ ، فإذا وُجِدَ بعدَ الدخولِ ، جاز أن يَقِفَ على انْقضاءِ العِدَّةِ ، كالطَّلاقِ الرَّجْعِىِّ ، أو اخْتلافِ دِينٍ بعدَ الإصابةِ ، فلا يُوجِبُ فَسْخَه فى الحالِ ، كإسْلامِ الحَرْبيَّةِ تحتَ الحَرْبىِّ ، وقياسُه على إسْلامِ أحدِ الزَّوْجينِ أقْرَبُ من

---

(١) سورة الممتحنة ١٠ .

(٢ – ٢) فى الأصل : « المهر » .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

قِياسِه على الرَّضَاعِ . فأمَّا النَّفَقةُ ، فإن قُلْنا بتَعْجيلِ[2] الفُرْقةِ ، فلا نفَقَةَ لها ؛ لأنَّها بائِنٌ منه . وإن قُلْنا : يَقِفُ على انْقِضاءِ العِدَّةِ . وكانت المرأةُ المُرْتَدَّةَ ، فلا نَفَقةَ لها ؛ لأنَّه لا سَبِيلَ للزَّوْجِ إلى رَجْعَتِها ، وتَلافِى نِكاحِها ، فلم يَكُنْ لها نَفَقَةٌ ، كما بعدَ العِدَّةِ . وإن كان هو المُرْتَدَّ ، فعليه النَّفقةُ للعِدَّةِ ، لأنَّه بسَبِيلٍ من الاسْتِمتاعِ بها بأن يُسْلِمَ ، ويُمْكِنُه تَلافِى نِكاحِها ، فكانت النَّفقةُ واجبةً عليه ، كزَوْجِ الرَّجْعِيَّةِ .

فصل : فإن ارْتَدَّ الزَّوْجانِ معا ، فحُكْمُهما حكمُ ما لو ارْتَدَّ أحدُهما ؛ إن كان قبلَ الدُّخولِ تُعُجِّلَتِ الفُرْقةُ ، وإن كان بعدَه ، فهل تُتَعَجَّلُ ، أو يَقِفُ على انْقِضاءِ العِدَّةِ ؟ على رِوَايتَيْن . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . قال أحمدُ ، فى رواية ابن منصورٍ : إذا ارْتَدَّا معا ، أو أحَدُهما ، ثم تابَا ، أو تابَ ، فهو أحَقُّ بها ، ما لم تَنْقَضِ العِدَّةُ . وقال أبو حنيفةَ : لا يَنْفَسِخُ النِّكاحُ اسْتِحْسانًا ؛ لأنَّه لم / يَخْتَلِفْ بهما الدِّينُ ، فأشْبَهَ ما لو أسْلَمَا . ولَنا ، أنَّها رِدَّةٌ طارِئةٌ على النكاحِ ، فوَجَبَ[3] أن يتَعَلَّقَ بها فَسْخُه ، كما لو ارْتَدَّ أحَدُهما ، ولأنَّ كلَّ ما زال عنه مِلْكُ المُرْتَدِّ إذا ارْتَدَّ وحدَه ، زال إذا ارْتَدَّ غيرُه معه ، كمالِه ، وما ذكَرُوه يَبْطُلُ بما إذا انْتَقَلَ المُسْلِمُ واليهوديَّةُ إلى دِينِ النَّصْرانيَّةِ ، فإنَّ نِكاحَهُما يَنْفسِخُ ، وقد انْتقَلَا إلى دِينٍ واحِدٍ . وأمَّا إذا أسْلَما ، فقد انْتقلَا إلى دِينِ الحَقِّ ، ويُقَرَّانِ عليه ، بخِلافِ الرِّدَّةِ .

٨٦/٧ ظ

فصل : وإذا ارتدَّ أحدُ الزَّوْجيْنِ ، أو ارْتَدَّا معا ، مُنِعَ وَطْأُها ، فإن وَطِئَها فى عِدَّتِها ، وقُلْنا : إنَّ الفُرْقَةَ تُعُجِّلَتْ . فلها عليه مَهْرُ مِثْلِها لهذا الوَطْءِ ، مع الذى ثَبَتَ[4] عليه بالنكاحِ ؛ لأنَّه وَطِئَ أجْنَبِيَّةً ، فيكونُ عليه مَهْرُ مِثْلِها . وإن قُلْنا : إنَّ الفُرْقَةَ موقوفةٌ على انْقضاءِ العِدَّةِ . فأسْلَمَ[5] المُرْتَدُّ منهما ، أو أسْلَما جميعا فى عِدَّتِها ، وكانت الرِّدَّةُ منهما ،

---

(٢) فى الأصل ، ا ، ب : « بتعجل » .

(٣) فى ا : « توجب » .

(٤) فى ا ، م : « يثبت » .

(٥) فى م : « فإن أسلم » .

فلا مَهْرَ لها عليه بهذا[٦] الوَطْءِ ؛ لأنَّا تَبيَّنَّا أنَّ النكاحَ لم يَزُلْ ، وأنَّه وَطِئَها وهى زَوْجَتُه . وإن ثَبَتَا ، أو ثَبَتَ المُرْتَدُّ منهما على الرِّدَّةِ ، حتى انْقَضَتْ عِدَّتُها ، فلها عليه مَهْرُ المِثْلِ لهذا الوَطْءِ ؛ لأنَّه وَطْءٌ فى غيرِ نكاحٍ بشُبْهةِ[٧] النكاحِ ، لأنَّنا تَبيَّنَّا أنَّ الفُرْقةَ وقَعَتْ[٨] منذُ اخْتلفَ الدِّينان . وهكذا[٩] الحكمُ فيما إذا أسلَمَ أحدُ الزَّوْجَيْنِ بعدَ الدُّخولِ ، فوَطِئَها فى العِدَّةِ قبلَ إسْلامِ الآخَرِ ، فالحكمُ فيه مثلُ الحُكْمِ هٰهُنا ؛ لما ذكَرْنا من التَّعليلِ فيه .

فصل : وإذا أسلم أحدُ الزَّوْجَيْنِ ، ثم ارتدَّ ، نَظَرْتَ ؛ فإن لم يُسْلِمِ الآخَرُ فى العِدَّةِ ، تَبَيَّنَّا أنَّ وُقوعَ الفُرْقةِ كان منذُ اخْتلفَ الدِّينان ، وعِدَّتُها من حينَ أسْلَمَ المسلمُ منهما ، وإن أسْلَمَ الآخَرُ منهما فى العِدَّةِ قبلَ ارْتدادِ الأوَّلِ ، اعْتُبِرَ ابْتداءُ العِدَّةِ من حينَ ارْتَدَّ ؛ لأنَّ حكمَ اخْتلافِ الدِّينِ بإسلامِ الأوَّلِ زالَ بإسْلامِ الثانى فى العِدَّةِ . ولو أسْلَمَ وتحتَه أكثرُ من أرْبعِ نِسْوةٍ ، فأسْلَمْنَ معه ، ثم ارْتَدَّ ، لم يكن له[١٠] أن يختارَ منهنَّ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَبْتَدِئَ العَقْدَ عليهنَّ فى هذه الحالِ . وكذلك لو ارْتَدَدْنَ دُونَه أو معه، لم يكُنْ له أن يختارَ منهنَّ ؛ لذلك .

فصل : وإذا تزوَّجَ الكافرُ بمَن لا يُقَرُّ على نِكاحِه فى الإسْلامِ ، مثل أن جَمَعَ[١١] بين الأُخْتَيْنِ ، أو بين عَشْرِ نِسْوةٍ ، أو نَكَحَ مُعْتَدَّةً أو مُرْتَدَّةً ، ثم طَلَّقَها ثلاثًا ، ثم أسْلَما ، لم يكُنْ له أن يَنْكِحَها ؛ لأنَّنا أجْرَيْنا أحْكامَهم على الصِّحَّةِ فيما[١٢] يَعْتَقِدُونه فى النكاحِ ،

---

(٦) فى الأصل : « لهذا » .

(٧) فى م : « بشبه » .

(٨) سقط من : ب .

(٩) فى م : « وهذا » .

(١٠) سقط من : م .

(١١) فى ب : « يجمع » .

(١٢) فى الأصل : « وما » .

٨٧/٧و فكذلك / فى الطَّلاقِ ، ولهذا جاز له إمْساكُ الثَّانيةِ من الأُخْتَيْنِ ، والخامسةِ المَعْقُودِ عليها آخِرًا .

١١٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زَوَّجَهُ وَلِيَّتَهُ ، عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرُ وَلِيَّتَهُ ، فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، وإنْ سَمَّوْا مَعَ ذٰلِكَ صَدَاقًا أَيْضًا)

هذا النِّكاحُ يُسَمَّى الشِّغَارَ . فقيل[١] : إنَّما سُمِّىَ شِغَارًا لِقُبْحِه ، تَشْبيهًا برَفْعِ الكَلْبِ رِجْلَه لِيَبُولَ ، فى القُبْحِ . يقال : شَغَرَ الكَلْبُ : إذا رَفَعَ رِجْلَه لِيَبُولَ ، وحُكِىَ عن الأَصْمَعِىِّ أنَّه قال : الشِّغَارُ : الرَّفْعُ . فكأنَّ كلَّ واحدٍ منهما رَفَعَ رِجْلَه للآخرِ عما يُرِيدُ . ولا تَخْتَلِفُ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، فى أنَّ نِكاحَ الشِّغَارِ فاسدٌ . رَواه عنه جماعةٌ . قال أحمدُ : ورُوِىَ عن عمرَ ، وزيدِ [٢]بن ثابتٍ[٢] ، أنَّهما فرَّقَا فيه . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ[٣] . وحُكِىَ عن عطاءٍ ، وعمرِو بن دِينارٍ ، ومكحولٍ ، والزُّهْرِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، أنَّه يَصِحُّ ، وتَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ الفَسَادَ من قِبَلِ المَهْرِ لا يُوجِبُ فَسادَ العَقْدِ ، كما لو تزَوَّجَ على خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، وهذا كذلك . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ نَهَى عن الشِّغَارِ . مُتَّفَقٌ عليه[٤] . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ مثلَه . أخْرَجه مُسْلِمٌ[٥] . ورَوَى الأَثْرمُ بإسْنادٍ عن عِمْرانَ بن حُصَيْنٍ ، أن رسولَ الله ﷺ قال : « لا

---

(١) فى الأصل : « وقيل » .

(٢ - ٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : م .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ١٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٣٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٩ . والنسائى ، فى : باب الشغار ، وباب تفسير الشغار ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩١ ، ٩٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٦ . والإمام مالك ، فى : باب جامع مالا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٧ ، ١٩ ، ٦٢ .

(٥) فى : باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٤ . =

جَلَبَ[٦] ، ولا جَنَبَ[٧] ، ولا شِغَارَ فى الإِسْلامِ »[٨] . ولأنَّه جَعَلَ كلَّ واحدٍ من العَقْدَيْنِ سَلَفًا فى الآخَرِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْنِى ثَوْبَكَ على أن أَبِيعَكَ ثَوْبِى . وقولُهم : إنَّ فَسادَه من قِبَلِ التَّسْمِيةِ . قُلْنا : بل فسادُه[٩] من جِهَةِ أنَّه وَقَفَه على شَرْطٍ فاسِدٍ ، أو لأنَّه شَرَطَ تَمْلِيكَ البُضْعِ لغيرِ الزَّوْجِ ، فإنَّه جَعَلَ تَزْوِيجَه إيَّاها مَهْرًا للأُخْرَى ، فكأنَّه[١٠] مَلَّكَه إيَّاه بشَرْطِ انْتِزاعِه منه . إذا ثَبَتَ هذا ، فلا فَرْقَ بين أن يقولَ : على أنَّ صَداقَ كلِّ واحِدةٍ منهما بُضْعُ الأُخْرَى . أو لم يَقُلْ ذلك . وقال الشافعىُّ : هو أن يقولَ ذلك ، ولا يُسَمِّى لكلِّ واحدةٍ صَدَاقًا ؛ لما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ نَهَى عن الشِّغَارِ ، والشِّغارُ أن يقولَ الرجلُ للرجلِ : زَوَّجْتُكَ بِنْتِى على أن تُزَوِّجَنِى بِنْتَكَ . ويكونُ بُضْعُ كل واحدةٍ منهما مَهْرَ الأُخْرَى . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ رسول الله ﷺ نَهَى عن الشِّغَارِ ، والشِّغارُ[١١] أن يُزَوِّجَ الرجلُ ابْنَتَه على أن / يُزَوِّجَه ابْنَتَه ، وليس بينهما صَدَاقٌ . ٨٧/٧ ظ هذا لفظُ الحديثِ الصَّحيحِ المُتَّفَقِ عليه . وفى حديثِ أبى هُرَيْرةَ : والشِّغارُ أن يقولَ الرجلُ للرجلِ : زَوِّجْنِى ابْنَتَكَ ، وأُزَوِّجكَ ابْنَتِى ، أو زَوِّجْنِى أُخْتَكَ ، وأُزَوِّجُكَ أُخْتِى . رواه مسلمٌ . وهذا يَجِبُ تَقْدِيمُه لصِحَّتِه ، وعلى أنَّه قد[١٢] أَمْكَنَ الجمعُ بينهما

= كما أخرجه النسائى ، فى : باب تفسير الشغار ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ .

(٦) الجلب يكون فى شيئين ؛ أحدهما فى الزكاة ، وهو أن يقدم المصدق على أهل الزكاة ، فينزل موضعا ، ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أماكنها ليأخذ صدقتها ، فنهى عن ذلك ، وأمر أن تؤخذ صدقاتهم على مياههم وأماكنها . الثانى فى السباق ، وهو أن يتبع الرجل فرسه ، فيزجره ويجلب عليه ويصيح حثا له على الجرى ، فنهى عن ذلك .

(٧) الجنب فى السباق : أن يجنب فرسا إلى فرسه الذى يسابق عليه ، فإذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . وفى الزكاة : أن ينزل العامل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة ، ثم يؤمر بالأموال أن تجنب إليه ، أى تحضر . فنهوا عن ذلك .

(٨) وأخرجه النسائى ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح ، وفى : باب الجلب ، وباب الجنب ، من كتاب الخيل . المجتبى ٦ / ٩١ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٤٢٩ ، ٤٤١ ، ٤٤٣ .

(٩) فى م : « إفساده » .

(١٠) فى ا ، م : « فكان » .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : الأصل .

بأن يُعْمَلَ بالجميع . ويَفسُدُ النكاحُ بأيِّ ذلك كان . ولأنَّه إذا شرَطَ فى نِكاحِ إحْداهما تَزْويجَ الأُخْرَى ، فقد جَعَلَ بُضْعَ كلِّ واحدةٍ صَداقَ الأُخْرَى ، ففَسَدَ ، كما لو لَفَظَ به . فأمَّا إن سَمَّوْا مع ذلك صَداقًا ، فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى ، على أن تُزَوِّجَنِى ابنتَكَ ، ومَهْرُ كلِّ واحدةٍ منهما مائةٌ ، أو مَهْرُ ابْنَتِى مائةٌ ومهرُ ابنتِكَ خَمْسُونَ ، أو أقَلُّ أو أكثرُ ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ ، فيما وَقَفْنا عليه[13] ، صِحّتُه . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لما تقدَّمَ من حديثِ ابن عمرَ ، ولأنَّه قد سَمَّى صَدَاقًا ، فَصَحَّ ، كما لو لم يَشْتَرِطْ ذلك . وقال الْخِرَقِىُّ : لا يَصِحُّ ؛ لحديثِ أبى هُرَيْرَةَ ، ولما رَوَى أبو داودَ[14] ، عن الأعْرَجِ ، أنَّ العباسَ بن عُبَيْدِ اللهِ بن العباسِ ، أنْكَحَ عبدَ الرحمنِ بن الحَكَمِ ابْنَتَه ، وأنْكَحَه عبدُ الرحمن ابْنَتَه ، وكانا جَعَلَا صَدَاقًا ، فكَتَبَ معاويةُ إلى مَرْوانَ ، فأمَرَه أن يُفرِّقَ بينهما ، وقال فى كتابه : هذا الشِّغارُ الذى نَهَى عنه رسولُ اللهِ ﷺ . ولأنَّه شَرَطَ نِكاحَ إحْداهما لنِكاحِ الأُخْرَى ، فلم يَصِحَّ ، كما لو لم[13] يُسَمِّيا صَداقًا . يُحَقِّقُه أنَّ عَدَمَ التَّسْمِيَةِ ليس بمُفْسِدٍ للعَقْدِ ، بدليلِ نِكاحِ المُفَوِّضةِ ، فدَلَّ على أنَّ المُفْسِدَ هو الشَّرْطُ ، وقد وُجِدَ ، ولأنَّه سَلَفٌ فى عَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ ثَوْبِى بعَشَرَة ، على أن تَبِيعَنِى ثَوْبَكَ بعِشْرِينَ . وهذا [15]الاختلافُ فيما[15] إذا لم يُصَرِّحْ بالتَّشْرِيكِ ، فأمَّا إن[16] قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى ، على أن تُزَوِّجَنِى ابْنَتَكَ ، ومَهْرُ كلِّ واحدةٍ منهما مائةٌ وبُضْعُ الأُخْرَى . فالنِّكاحُ فاسِدٌ ؛ لأنَّه صَرَّحَ بالتَّشْرِيكِ ، فلم يَصِحَّ العَقْدُ ، كما لو لم يَذْكُرْ مُسَمًّى .

فصل : ومتى قُلْنَا بصِحّةِ العَقْدِ إذا سَمَّيَا[17] صَداقًا ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ،

---

(13) سقط من : م .

(14) فى : باب فى الشغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود 1 / 479 .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند 4 / 94 .

(15 - 15) فى الأصل : « لا خلاف ما » .

(16) فى م : « إذا » .

(17) فى الأصل : « سمينا » .

تَفْسُدُ التَّسْمِيةُ ، ويجبُ مَهْرُ المِثْلِ . وهذا قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما لم يَرْضَ بالمُسَمَّى[18] إلَّا بشَرْطِ أن يُزوِّجَ[19] وَلِيُّه صاحِبَه ، فيَنْقُصَ[20] المَهْرُ لهذا الشَّرْطِ ، وهو باطلٌ ، فإذا احْتَجْنَا إلى ضَمانِ النَّقْصِ ، صار المُسَمَّى /مَجْهولًا ، فبَطَلَ . والوجه الثانى[21] ذَكَره القاضى فى « الجامع » ، أنَّه يَجِبُ المُسَمَّى ؛ لأنَّه ذَكَرَ قَدْرًا مَعْلومًا يَصْلُحُ[22] أن يكونَ مَهْرًا ، فصَحَّ[23] ، كما لو قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى على أَلْفٍ ، على أنَّ لى منها مائةً . واللهُ أعلمُ .

٨٨/٧ و

فصل : وإن سَمَّى لإحداهما مَهْرًا دُونَ الأُخْرَى ، فقال أبو بكرٍ : يَفْسُدُ النكاحُ فيهما ؛ لأنَّه فَسَدَ فى إحداهما ، ففَسَدَ فى الأُخْرَى . والأَوْلَى أنَّه يَفْسُدُ فى التى لم يُسَمِّ لها صَدَاقًا ؛ لأنَّ نِكاحَها خَلَا من صَدَاقٍ سِوَى نكاحِ الأُخْرَى ، ويكونُ فى التى سَمَّى لها صَدَاقًا رِوَايتانِ ؛ لأنَّ فيه تَسْمِيَةً وشَرْطًا ، فأَشْبَهَ ما لو سَمَّى لكلِّ واحدةٍ منهما[24] مَهْرًا . ذَكَرَه القاضى هكذا .

فصل : فإن قال : زَوَّجْتُكَ جارِيَتِى هذه ، على أن تُزَوِّجَنِى ابْنَتَكَ ، وتكونَ رَقَبَتُها صَدَاقًا لِابْنَتِكَ . لم يَصِحَّ تَزْوِيجُ الجارِيةِ ، فى قياسِ المذهبِ ؛ لأنَّه لم يَجْعَلْ لها صَداقًا سِوَى تَزْوِيجِ ابْنَتِه . وإذا زَوَّجَه ابْنَتَه ، على أن يَجْعلَ رَقَبَةَ الجارِيةِ صَداقًا لها ، صَحَّ ؛ لأنَّ الجاريةَ تَصْلُحُ أن تكونَ صَداقًا . وإن زَوَّجَ عبدَه امرأةً ، وجعل رَقَبَتَه صَداقًا لها ، لم يَصِحَّ الصَّداقُ ؛ لأنَّ مِلْكَ المرأةِ زَوْجَها يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكاحِ ، فيَفْسُدُ الصَّداقُ ، ويَصِحُّ النِّكاحُ ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ .

---

(١٨) فى الأصل : « المسمى » .
(١٩) فى الأصل ، ب : « يتزوج » .
(٢٠) فى الأصل ، ب : « فنقص » .
(٢١) فى م : « الذى » .
(٢٢) فى م : « يصح » .
(٢٣) فى ب : « فيصح » .
(٢٤) سقط من : ا ، ب ، م .

١١٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُتْعَةِ)

معنى نكاحِ المُتْعةِ أن يتزوَّجَ المرأةَ مُدّةً ، مثل أن يقولَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى شَهْرًا ، أو سَنَةً ، أو إلى انْقِضاءِ المَوْسِمِ ، أو قُدُومِ الحاجِّ . وشِبْهِهِ ، سواءٌ كانت المُدَّةُ معلومةً أو مجهولةً . فهذا نِكاحٌ باطلٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : نكاحُ المُتْعةِ حَرَامٌ . وقال أبو بكرٍ : فيها رِوايةٌ أُخْرَى ، أنَّها مَكْرُوهةٌ غيرُ حَرامٍ ؛ لأنَّ ابنَ مَنْصورٍ سأَلَ أحمدَ عنها ، فقال : يَجْتَنِبُها أَحَبُّ إلَيَّ . قال : فظاهرُ هذا[1] الكَرَاهةُ دُونَ التَّحْرِيمِ . وغيرُ أبى بكرٍ من أصحابِنا يَمْنَعُ هذا ، ويقولُ : فى[2] المسألةِ رِوايةٌ واحدةٌ فى تَحْرِيمِها . وهذا[3] قولُ عامَّةِ الصَّحابةِ والفُقَهاءِ . وممَّن رُوِىَ عنه تَحْرِيمُها عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عمرَ ، وابنُ مسعودٍ ، وابنُ الزُّبَيْرِ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : وعلى تَحْرِيمِ المُتْعةِ مالكٌ ، وأهلُ المدينةِ ، وأبو حنيفةَ فى أهلِ العراقِ[4] ، والأَوْزَاعِىُّ فى أهلِ الشامِ ، واللَّيْثُ فى أهلِ مِصْرَ ، والشافعىُّ ، وسائرُ أصحابِ الآثارِ . وقال زُفَرُ : يَصِحُّ النِّكاحُ ، ويَبْطُلُ / الشَّرْطُ . وحُكِىَ عن ابنِ عباسٍ ، أنَّها جائزةٌ . وعليه أَكْثَرُ أَصْحابِ[5] عطاءٍ وطاوُسٍ . وبه قال ابنُ جُرَيْجٍ . وحُكِىَ ذلك عن أبى سعيدٍ الخُدْرِىِّ ، وجابرٍ . وإليه ذَهَبَ الشِّيعةُ ؛ لأنَّه قد ثَبَتَ أنَّ النَّبىَّ ﷺ أذِنَ فيها . ورُوِىَ أن عمرَ قال : مُتْعَتانِ كانَتَا على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ ، [6] أنا أنْهَى [6] عنهما ، وأُعاقِبُ عليهما ؛ مُتْعةُ النِّساءِ ، ومتعةُ الحَجِّ[7] . ولأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعةٍ ، فيكون[8] مُؤَقَّتًا ، كالإِجارَةِ . ولَنا ، ما رَوَى الرَّبِيعُ بن سَبْرَةَ ، أنَّه قال : أشهدُ على

٨٨/٧ ظ

---

(١) فى ب : « هذه » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ب : « وهو » .

(٤) فى ا ، ب ، م : « الكوفة » .

(٥) فى ا ، ب ، م : « أصحابه » .

(٦ - ٦) فى م : « أفأنهى » .

(٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٠٦ .

(٨) فى الأصل ، ب : « فكان » .

أبِى ، أنَّه حَدَّثَ أنَّ النَّبىَّ ﷺ نَهَى عنه فى حِجَّة الوَدَاعِ[٩] . وفى لَفْظٍ : أنَّ رسولَ الله ﷺ حَرَّمَ مُتْعَةَ النساءِ . رواه أبو داودَ[١٠] . وفى لفظٍ رواه ابنُ ماجَه[١١] ، أن رسولَ الله ﷺ قال[١٢] : « يَا أَيُّهَا النَّاسُ ، إِنِّى كُنْتُ أَذِنْتُ لَكُمْ فِى الاسْتِمْتَاعِ ، أَلَا وَإِنَّ اللهَ قَدْ حَرَّمَها إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ » . ورُوِىَ عن علىِّ بن أبى طالبٍ ، رَضِىَ الله عنه ، أنَّ رسولَ الله ﷺ نَهَى عن مُتْعةِ النِّساءِ يومَ خَيْبَرَ ، وعن لُحُومِ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ . رواه مالكٌ ، فى « المُوَطَّأ » ، وأخْرَجه الأئِمَّةُ النَّسَائِىُّ وغيرُه[١٣] . واختلفَ أهلُ العلمِ فى الجَمْعِ بين هٰذين الخَبَرَيْنِ ، فقال قومٌ : فى حديثِ علىّ تَقْدِيمٌ وتَأْخِيرٌ ، وتقديرُه أنَّ النَّبىَّ ﷺ نَهَى عن لُحُومِ الحُمُرِ الأهليةِ يومَ خيبرَ ، ونَهَى عن مُتْعةِ النساءِ ، ولم يَذْكُرْ مِيقاتَ النَّهْىِ عنها ، وقد بَيَّنَه الرَّبِيعُ بن سَبْرَةَ فى حَدِيثِه ، أنَّه كان فى حَجَّةِ الوَداعِ . حكاه الإمامُ أحمدُ عن قومٍ ، وذَكَره ابنُ عبدِ البَرِّ . وقال الشافعىُّ : لا أعْلَمُ شيئًا أحَلَّه اللهُ ثم حَرَّمَه ، ثم أحَلَّه ثم حَرَّمَه ، إلَّا المُتْعةَ . فحَمَلَ الأمْرَ على ظاهِرِه ، وأنَّ النَّبىَّ ﷺ حَرَّمَها يَوْمَ خيبرَ ، ثم

---

(٩) أخرجه مسلم ، فى : باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٦ ، ١٠٢٧ . وأبو داود ، فى : باب فى نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٨ ، ٤٧٩ . والنسائى ، فى : باب تحريم المتعة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ١٠٣ . والدارمى ، فى : باب النهى عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٠٤ ، ٤٠٥ .

(١٠) فى : باب فى نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٨ ، ٤٧٩ .

(١١) فى : باب النهى عن نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣١ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب نكاح المتعة ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٥ . والدارمى ، فى : باب النهى عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٤٠٦ .

(١٢) فى م : « حرم المتعة فقال » .

(١٣) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٤٢ . والنسائى ، فى : باب تحريم المتعة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية ، من كتاب الصيد . المجتبى ٦ / ١٠٢ ، ١٠٣ ، ٧ / ١٧٩ . =

أَحَلَّها[١٤] فى حَجَّةِ الوَداعِ ثَلاثةَ أيامٍ ، ثم حَرَّمَها ، ولأنَّه لا تَتَعَلَّقُ به أحكامُ النكاحِ ، من الطَّلاقِ ، والظِّهَارِ ، واللِّعانِ ، والتَّوارُثِ ، فكان باطِلًا ، كسائرِ الأنْكِحةِ الباطلةِ . وأمَّا قولُ ابنِ عباسٍ ، فقد حُكِيَ عنه الرُّجُوعُ عنه ، فرَوَى أبو بكرٍ ، بإسْنادِه عن سعيدِ ابن جُبَيْرٍ ، قال : قلتُ لِابنِ عباسٍ : لقد كَثُرَتِ القَالَةُ[١٥] فى المُتْعةِ ، حتى قال فيها الشاعر :

أقُولُ وقد طالَ الثَّواءُ بِنا مَعًا يا صَاحِ هَلْ لكَ فى فُتْيَا ابنِ عباسِ

/ هل لَكَ فى رَخْصَةِ الأطْرافِ آنِسَةٍ تكونُ مَثْواكَ حتى مَصْدَرِ النَّاسِ

٨٩/٧و

فقام خَطِيبًا ، وقال : إنَّ المُتْعةَ كالمَيْتَةِ والدَّمِ ولَحْمِ الخِنْزِيرِ[١٦] . فأمَّا إذْنُ رسولِ الله ﷺ فيها ، فقد ثَبَتَ نَسْخُه ، وأما حديثُ عمرَ — إن صَحَّ عنه — فالظاهرُ أنَّه إنَّما قَصَدَ الإخْبارَ عن تَحْرِيمِ النَّبىِّ ﷺ لها ، ونَهْيِه عنها ، إذْ لا يجوزُ أن يَنْهَى عمَّا كان النَّبىُّ ﷺ أباحَه ، وبَقِىَ على إبَاحَتِه .

فصل : وإن تَزَوَّجَها بغير[١٧] شَرْطٍ ، إلَّا أنَّ فى نِيَّتِه طَلَاقَها بعدَ شَهْرٍ ، أو إذا انْقَضَتْ حاجَتُه فى هذا البَلَدِ ، فالنِّكاحُ صَحِيحٌ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا

= كما أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازى ، وفى : باب نهى رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة آخرًا ، من كتاب النكاح ، وفى : باب لحوم الحمر الإنسية ، من كتاب الذبائح . صحيح البخارى ٥ / ١٧٣ ، ٧ / ١٦ ، ١٢٣ . ومسلم ، فى : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب تحريم أكل لحم الحمر الإنسية ، من كتاب الصيد . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٧ ، ١٠٢٨ ، ٣ / ١٥٣٧ ، ١٥٣٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى تحريم نكاح المتعة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٨ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣١ . والدارمى ، فى : باب فى لحوم الحمر الأهلية ، من كتاب الأضاحى ، وفى : باب النهى عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ٨٦ ، ١٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٧٩ .

(١٤) فى م : « أباحها » .

(١٥) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(١٦) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٠٥ ، وذكر البيتين بروايات مختلفة ، كما أورد ابن قتيبة الحديث والبيتين ولم ينسبهما ، انظر عيون الأخبار ٤ / ٩٥ .

(١٧) فى ب : « من غير » .

الأَوْزَاعِيِّ ، قال : هو نِكاحُ مُتْعةٍ . والصَّحيحُ أنَّه لا بأسَ به ، ولا تَضرُّ نِيَّته ، وليس على الرَّجُلِ أن يَنْوِيَ حَبْسَ امْرَأتِه وحَسْبُه إن وافَقَتْه ، وإلَّا طَلَّقَها .

١١٧٧ ـ مسألة ؛ قال : (**وَلَوْ تَزَوَّجَها عَلَى أنْ يُطَلِّقَهَا فِي وَقْتٍ بِعَيْنِه ، لَمْ يَنْعَقِدِ النِّكَاحُ**)

يعنى إذا تزَوَّجَها بشَرْطِ أن يُطَلِّقَها فى وقتٍ مُعَيَّنٍ ، لم يَصِحَّ النكاحُ ، سواءٌ كان معلومًا أو مجهولًا ، مثل أن يُشْتَرَطَ عليه طَلَاقُها إن قَدِمَ أبُوها أو أخُوها . وقال أبو حنيفةَ : يَصِحُّ النكاحُ ، ويَبْطُلُ الشرطُ . وهو[1] أظْهَرُ قَوْلَيِ الشافعيِّ ، قالَه فى عامَّةِ كُتُبِه ؛ لأنَّ النكاحَ وَقَعَ مُطْلَقًا ، وإنما شَرَطَ على نَفْسِه شرطًا ، وذلك لا يُؤَثِّرُ فيه ، كما لو شَرَطَ أن لا يتزَوَّجَ عليها ، ولا يُسافِرَ بها . ولَنا ، أنَّ هذا شَرْطٌ مانعٌ من بَقاءِ النكاحِ ، فأشْبَهَ نِكاحَ المُتْعةِ ، [2]ولأنَّهما شَرَطاه ببقاء النكاحِ فى وقتٍ بعَيْنِه ، أشْبَهَ نِكاحَ المُتْعةِ[2] ، ويفارِقُ ما قاسُوا عليه ، فإنَّه لم يَشْتَرِطْ قَطْعَ النكاحِ .

١١٧٨ ـ مسألة ؛ قال : (**وَكَذٰلِكَ إنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أنْ يُحِلَّهَا لِزَوْجٍ كَانَ قَبْلَهُ**)

وجملتُه أنَّ نِكاحَ المُحَلِّلِ حَرَامٌ باطِلٌ[1] ، فى قولِ عامَّةِ أهْلِ العلمِ ؛ منهم الحَسَنُ ، والنَّخَعِيُّ ، وقَتادةُ ، ومالكٌ ، والليثُ ، والثَّوْرِيُّ ، وابنُ المُبارَكِ ، والشافعيُّ ، وسواءٌ قال : زَوَّجْتُكَها إلى أن تَطأَها . أو شَرَطَ أنَّه إذا أحَلَّها فلا نِكاحَ بينهما ، أو أنَّه إذا أحَلَّها للأوَّلِ طَلَّقَها . وحُكِيَ عن أبى حنيفةَ أنَّه يَصِحُّ النكاحُ ، ويَبْطُلُ الشرطُ . وقال الشافعيُّ فى الصُّورَتينِ الأُولَيَيْنِ : لا يَصِحُّ . وفى الثالثة على قَوْلَيْنِ . ولَنا ، ما رُوِيَ عن النَّبِيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ ، والمُحَلَّلَ لَهُ » . / رواه أبو داود ، وابنُ ماجه ، ٧/٨٩ظ

---

(١) فى ب : « وهذا » .

(٢ـ٢) سقط من : ا ، م .

(١) سقط من : ب .

والتِّرمِذِىُّ[٢] ، وقال : حديثٌ حَسَنٌ صحيحٌ ، والعَمَلُ عليه عند أهلِ العلمِ من أصْحابِ النَّبىِّ ﷺ ، منهم عمرُ بن الخَطَّابِ ، وعثمانُ ، وعبدُ الله بن عمرَ . وهو قولُ الفُقَهاءِ من التابِعِينَ . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عباسٍ . وقال ابنُ مسعودٍ : المُحَلِّلُ[٣] والمُحَلَّلُ له مَلْعُونٌ ، على لِسانِ محمدٍ ﷺ[٤] . ورَوَى ابنُ ماجه[٥] ، عن عُقْبةَ بن عامرٍ ، أنَّ النَّبِىَّ ﷺ قال : « ألَا أُخْبِرُكُم بالتَّيْسِ المُسْتَعارِ ؟ » . قالوا : بَلَى [٦] يا رسولَ الله [٦] . قال : « هو المُحَلِّلُ[٧] . لَعَنَ الله المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ له » . ورَوَى الأَثْرَمُ ، بإسْنادِه عن قَبِيصةَ بن جابرٍ ، قال : سَمِعْتُ عمرَ ، وهو يَخْطُبُ الناسَ ، وهو يقول : واللهِ لا أُوتَى بمُحِلٍّ ولا مُحَلَّلٍ[٨] له إلَّا رَجَمْتُهُما[٩] .

---

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التحليل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المحل والمحلل له ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٣ ، ٤٤ . وابن ماجه ، فى : باب المحلل والمحلل له ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٢ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب إحلال المطلقة ثلاثا ... ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الموتشمات ... ، من كتاب الزينة . المجتبى ٦ / ١٢١ ، ٨ / ١٢٧ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن التحليل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٨٣ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٩٣ ، ١٠٧ ، ١٢١ ، ١٣٣ ، ١٥٠ ، ١٥٨ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٦٢ ، ٢ / ٢٢ .

(٣) فى ا ، م : « المحل » .

(٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب فى المحل والمحلل له ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٤ . والنسائى ، فى : باب إحلال المطلقة ثلاثا ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٢١ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن التحليل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٦٢ .

(٥) فى : باب المحلل والمحلل له ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٣ .

كما أخرجه الحاكم ، فى : باب لعن الله المحل والمحلل له ، من كتاب الطلاق . المستدرك ٢ / ١٩٨ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى نكاح المحلل ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٠٨ .

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى الأصل ، ا ، ب هنا وفيما يأتى : « المحل » . وما هنا موافق لما فى سنن ابن ماجه .

(٨) فى م : « محل » .

(٩) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : باب التحليل ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٦٥ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى المحلل والمحلل له . السنن ٢ / ٤٩ ، ٥٠ .

ولأنَّه نِكاحٌ إلى مُدَّةٍ ، أو فيه شَرْطٌ يَمْنَعُ بَقَاءَه ، فأَشْبَهَ نِكاحَ المُتْعةِ .

فصل : فإن شَرَطَ عليه التَّحْلِيلَ قبلَ العَقْدِ ، ولم يَذْكُرْه فى العقدِ [١٠] ونَوَاه فى العقدِ [١٠] أو نَوَى التَّحْليلَ من غيرِ شَرْطٍ ، فالنِّكاحُ باطِلٌ أيضا . قال إسماعيلُ بن سعيدٍ : سَأَلْتُ أحمدَ عن الرَّجُلِ يتزوجُ المرأةَ ، وفى نَفْسِه أن يُحَلِّلَها [١١] لزَوْجِها الأَوَّلِ ، ولم تَعْلَمِ المرأةُ بذلك . قال : هو مُحَلِّلٌ ، إذا أراد بذلك الإِحْلالَ ، فهو مَلْعُونٌ . وهذا ظاهرُ قولِ الصَّحابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . ورَوَى نافعٌ ، عن ابن عمرَ ، أنَّ رَجُلًا قال له : امرأةٌ تَزَوَّجْتُها ، أُحِلُّها لزَوْجِها ، لم يَأْمُرْنِى ، ولم يَعْلَمْ . قال : لا ، إلَّا نِكاحُ رَغْبةٍ [١٢] ، إن أعْجَبَتْكَ أَمْسِكْها ، وإن كَرِهْتَها فارِقْها . قال : وإن كُنَّا نَعُدُّه على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ سِفَاحًا . وقال : لا يَزَالانِ زانِيَيْنِ ، وإن مَكَثَا عِشْرِينَ سنةً ، إذا عِلِمَ أنَّه يُرِيدُ أن يُحِلَّها [١٣] . وهذا قولُ عثمانَ [١٤] بن عفَّان [١٤] ، رَضِىَ اللهُ عنه . وجاء رَجُلٌ إلى ابنِ عباسٍ ، فقال له : إن عَمِّى طَلَّقَ امْرَأَتَه ثلاثًا ، أَيُحِلُّها له رَجُلٌ ؟ قال : مَنْ يُخادِعِ اللهَ يَخْدَعْهُ [١٥] . وهذا قولُ الحَسَنِ ، والنَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ، وقَتادةَ ، وبكرٍ المُزَنِىِّ ، واللَّيْثِ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وإسْحاقَ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : العَقْدُ صحيحٌ . وذَكَر القاضى فى صِحَّتِه وَجْهًا مثلَ قَوْلِهما ؛ لأنَّه خَلَا عن شَرْطٍ يُفْسِدُه ، فأَشْبَهَ ما لو نَوَى طَلَاقَها لغيرِ الإِحْلالِ ، [١٦] أو ما [١٦] لو نَوَتِ المرأةُ ذلك ، ولأنَّ العَقْدَ إنَّما يَبْطُلُ بما شُرِطَ لا بما قُصِدَ ، بدليلِ ما لو اشْتَرَى عبدًا بشَرْطِ [١٧] أن يَبِيعَه ، لم يَصِحَّ ، ولو نَوَى ذلك ، لم يَبْطُلْ . ولأنَّه رُوِىَ عن عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ما يَدُلُّ على إجازَتِه [١٨] .

(١٠ - ١٠) سقط من : الأصل .

(١١) فى م : « يحلها » .

(١٢) فى الأصل : « رهبة » .

(١٣) أخرجه الحاكم ، فى : باب لعن الله المحل والمحلل له ، من كتاب الطلاق . المستدرك ٢ / ١٩٩ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى نكاح المحلل ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٠٨ .

(١٤ - ١٤) سقط من : م .

(١٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد فى خلاف ذلك ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٣٧ . وسعيد بن منصور ، فى : باب التعدى فى الطلاق ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٢٦٢ .

(١٦ - ١٦) فى ا ، ب : « وكما » .

(١٧) فى م : « فشرط » .

(١٨) فى ا : « إباحته وإجازته » .

فروَى[١٩] أبو حَفْصٍ ، بإسْنادِه عن محمدِ بن سِيرِينَ ، قال : قَدِمَ مَكَّةَ رَجُلٌ ، ومعه إخْوَةٌ له صِغَارٌ ، وعليه إزَارٌ ، من بين يَدَيْه رُقْعةٌ ، ومن خَلْفِه رقعةٌ ، فسأَلَ عمرَ ، فلم يُعْطِه شيئًا ، فبينما هو كذلك إذ نَزَغَ الشَّيطانُ بين رَجُلٍ من قريشٍ وبين امْرَأتِه فطلَّقَها ، فقال لها : هل لكِ أن / تُعْطِى ذا الرُّقْعَتَيْنِ شيئًا ، ويُحلِّلُكِ لى ؟ قالت : نعم . إن شِئْتَ فأَخْبِرْهُ[٢٠] بذلك . قال : نعم ، فتزَوَّجها[٢١] ، ودَخَلَ بها[٢٢] . فلما أصْبَحَتْ أدْخَلَتْ إخْوتَه الدارَ . فجاء القُرَشِىُّ يَحُومُ حَوْلَ الدارِ ، ويقول : يا وَيْلَه ، غُلِبَ على امْرأتِه ، فأتَى عُمَرَ ، فقال : يا أميرَ المؤمنينَ ، غُلِبْتُ على امْرَأتِى . قال : مَنْ غَلَبَكَ ؟ قال : ذو الرُّقْعَتَيْنِ . قال : أَرْسِلُوا إليه . فلما جاء الرسولُ ، قالت له المرأةُ : كيف مَوْضِعُكَ من قَوْمِكَ ؟ قال : ليس بمَوْضِعِى بَأْسٌ . قالتْ : إنَّ أميرَ المؤمنينَ يقولُ لك : طَلِّق امْرَأتَكَ . فقُلْ : لا ، واللهِ لا أُطَلِّقُها . فإنَّه لا يُكْرِهُكَ . وأَلْبَسَتْهُ حُلَّةً ، فلمَّا رآه عمرُ من بعيدٍ . قال : الحمدُ للهِ الذى رَزَقَ ذا الرُّقْعَتَيْنِ . فدَخَلَ عليه ، فقال : أَتُطَلِّقُ امْرَأتَكَ ؟ قال : لا ، واللهِ لا أُطَلِّقُها . قال عمرُ : لو طَلَّقْتَها لأَوْجَعْتُ رَأْسَكَ بالسَّوْطِ . ورَوَاه[٢٣] سعيدٌ[٢٤] ، عن هُشَيْمٍ ، عن يُونُسَ بن عُبَيْدٍ ، عن ابنِ سِيرِينَ نحوًا من هذا ، وقال : من أهلِ المَدِينةِ . [٢٥]وهذا قد[٢٥] تَقَدَّمَ فيه الشَّرْطُ على العَقْدِ ، ولم يَرَ به عمرُ بَأْسًا . ولَنا ، قولُ النَّبىِّ ﷺ : « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ » . وقولُ مَن سَمَّيْنا من الصَّحابةِ ، ولا مُخالِفَ لهم ، فيكونُ إجْماعًا ، ولأنَّه قَصَدَ به التَّحْلِيلَ ، فلم يَصِحَّ ،

٧/٩٠و

---

(١٩) فى الأصل ، م : « وروى » .

(٢٠) فى ا ، ب ، م : « فأخبروه » .

(٢١) فى م : « وتزوجها » .

(٢٢) فى الأصل : « فدخل » .

(٢٣) فى ا ، ب ، م : « رواه » .

(٢٤) فى : باب ما جاء فى المحلل والمحلل له . سنن سعيد بن منصور ٢ / ٥٠ ، ٥١ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب التحليل ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٦٧ .

(٢٥ - ٢٥) فى الأصل : « وقد » .

كالو شَرَطَه . أمَّا حديثُ ذِى الرُّقْعَتينِ ، فقال أحمدُ : ليس له إسْنادٌ ، يعنى أنَّ ابنَ سِيرِينَ لم يَذْكُرْ إسْنادَه إلى عمرَ . وقال أبو عُبَيْدٍ : هو مُرْسَلٌ . فأين هو من الذى سَمِعُوه[٢٦] يَخْطُبُ به على المِنْبَرِ : لا أُوتَى بمُحَلِّلٍ ولا مُحَلَّلٍ له إلَّا رَجَمْتُهُما . ولأنَّه ليس فيه أنَّ ذا الرُّقْعَتينِ قَصدَ التَّحْلِيلَ ، ولا نَوَاه ، وإذا كان كذلك ، لم يَتَناوَلْ مَحَلَّ النِّزاعِ .

فصل : فإن شُرِطَ عليه أن يُحِلَّها قبلَ العَقْدِ ، فنَوَى بالعَقْدِ غيرَ ما شَرَطُوا عليه ، وقَصدَ نِكاحَ رَغْبةٍ ، صَحَّ العقدُ ؛ لأنَّه خَلَا عن نِيَّةِ[٢٧] التَّحْليلِ وشَرْطِه ، فصَحَّ ، كما لو لم يَذْكُرْ ذلك ، وعلى هذا يُحْمَلُ حديثُ ذِى الرُّقْعَتَيْنِ . وإن قَصَدَتِ المرأةُ التحليلَ أو وَلِيُّها دُونَ الزَّوْجِ ، لم يُؤَثِّرْ ذلك فى العَقْدِ . وقال الحسنُ ، وإبراهيمُ : إذا هَمَّ أحَدُ الثلاثةِ ، فَسَدَ النكاحُ . قال أحمدُ : كان الحَسَنُ وإبراهيمُ والتابِعُونَ يُشَدِّدُون فى ذلك . قال أحمدُ : الحَدِيثُ عن النَّبىِّ ﷺ : « أتُرِيدِينَ أنْ تَرْجِعِى إلَى رِفَاعَةَ ؟ »[٢٨] . ونِيَّةُ المرأةِ ليس بشىءٍ ، إنَّما قال النَّبىُّ ﷺ : « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ » . ولأنَّ العقدَ إنَّما يَبْطُلُ بنِيَّةِ الزَّوْجِ ؛ لأنَّه الذى إليه المُفَارَقَةُ والإمْساكُ ، أمَّا المرأةُ فلا تَمْلِكُ رَفْعَ العَقْدِ ، فوُجُودُ نِيَّتِها وعَدَمُها سواءٌ ، وكذلك الزَّوْجُ الأوَّلُ لا يملكُ شيئًا من العَقْدِ ، ولا مِن رَفْعِه ، فهو أجْنَبىٌّ كسائرِ الأجانِبِ . فإن قيل : فكَيْفَ[٢٩] لَعَنه النَّبىُّ / ﷺ ؟ قُلْنا : إنَّما لعَنهُ إذا رَجَعَ إليها بذلك التَّحْلِيلِ ؛ لأنَّها لم تَحِلَّ له ، فكان زانِيًا ، فاسْتَحَقَّ اللَّعْنةَ لذلك .

٧/٩٠ظ

---

(٢٦) فى م : « سمعناه » .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) أخرجه البخارى ، فى : باب من أجاز طلاق الثلاث ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الإزار المهدب ، من كتاب اللباس ، وفى : باب التبسم والضحك ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٧ / ٥٥ ، ١٨٤ ، ٨ / ٢٧ . ومسلم ، فى : باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٥٥ ، ١٠٥٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يطلق امرأته ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٢ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا ... ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢١ ، ٦٢٢ . والدارمى ، فى : باب ما يحل المرأة لزوجها ... ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٦١ ، ١٦٢ .

(٢٩) فى ب ، م : « كيف » .

فصل : فإن اشترى عبدًا ، فزوَّجها إيَّاه ، ثم وَهَبها إيَّاه لينفسخَ النِّكاحُ بمِلْكِها له ، لم يَصِحَّ . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ حَنْبلٍ : إذا طَلَّقَها ثلاثًا ، وأراد أن يُرَاجِعَها ، فاشْترَى عبدًا ، فأعْتَقَه ، وزوَّجها إيَّاه ، فهذا الذى نَهَى عنه عمرُ ، يُؤَدَّبانِ جميعا ، وهذا فاسدٌ ليس بكُفْءٍ ، وهو شِبْهُ المُحَلِّلِ . وعَلَّلَ أحمدُ فسادَه بشيئَيْنِ ؛ أحدهما ، شَبَهُه بالمُحَلِّلِ ، لأنَّه إنَّما زَوَّجَه إيَّاها ليُحِلَّها له . والثانى ، كَوْنُه[30] ليس بكُفْءٍ لها ، وتَزْويجُه لها فى حالِ كونِه عبدًا أبْلَغُ فى هذا المعنى ؛ لأنَّ العَبْدَ فى عَدَمِ الكفاءةِ أشَدُّ من المَوْلَى ، والسَّيِّدُ له سَبيلٌ إلى إزالةِ نِكاحِه من غيرِ إرادَتِه ، بأن يَهَبَه للمرأةِ ، فيَنْفَسِخَ نِكاحُه[31] بمِلْكِها إيَّاه ، والمَوْلَى بخلافِ ذلك . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ النكاحُ ، إذا لم يَقْصِدِ العَبْدُ التَّحْليلَ ؛ لأنَّ المُعْتَبَرَ فى الفسادِ نِيَّةُ الزَّوْجِ ، لا نِيَّةُ غيرِه ، ولم يَنْوِ . وإذا كان مَوْلًى ولم يَنْوِ التحليلَ ، فهو أوْلَى بالصِّحَّةِ ؛ لأنَّه لا سَبيلَ لمُعْتِقِه إلى فَسْخِ نِكاحِه ، فلا[32] عِبْرَةَ بنِيَّتِه .

فصل : ونِكاحُ المُحَلِّلِ فاسِدٌ ، يَثْبُتُ فيه سائرُ أحكامِ العُقُودِ الفاسدةِ ، ولا يَحْصُلُ به الإحْصانُ[33] ، ولا الإباحةُ للزَّوْجِ الأوَّلِ ، كما لا يَثْبُتُ فى سائرِ العُقُودِ الفاسدةِ . فإن قيل : فقد سَمَّاه النَّبىُّ ﷺ مُحَلِّلًا ، وسَمَّى الزَّوْجَ مُحَلَّلًا له ، ولو لم يَحْصُلِ الحِلُّ لم يكُنْ مُحَلِّلًا ولا مُحَلَّلًا له . قُلْنا : إنَّما سَمَّاه مُحَلِّلًا ؛ لأنَّه قَصَدَ التَّحْليلَ فى موضِعٍ لا يَحْصُلُ فيه الحِلُّ ، كما قال ﷺ : « مَا آمَنَ بالْقُرْآنِ مَنِ اسْتَحَلَّ مَحارِمَهُ »[34] . وقال اللهُ تعالى : ﴿ يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا ﴾[35] . ولو كان

---

(30) سقط من : ب .

(31) فى ب : « النكاح » .

(32) فى م : « ولا » .

(33) فى م زيادة : « واحد » .

(34) أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا ... ، من أبواب فضائل القرآن . عارضة الأحوذى 11 / 40 .

(35) سورة التوبة 37 .

مُحَلِّلًا[٣٦] فى الحقيقةِ والآخَرُ مُحَلَّلًا له ، لم يكونا مَلْعُونَيْنِ .

١١٧٩ ـ مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا عَقَدَ الْمُحْرِمُ نِكَاحًا[١] لِنَفْسِهِ أَوْ لِغَيْرِهِ ، أَو عَقَدَ أَحَدٌ[٢] نِكَاحًا لِمُحْرِمٍ أَوْ[٢] عَلَى مُحْرِمَةٍ ، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ**)

وجملتُه أنَّ المُحْرِمَ إذا تَزَوَّجَ لنَفْسِه ، أو عَقَدَ النِّكاحَ لغيرِه ، ككَوْنِـه[٣] وَلِيًّـا أو وَكِيلًا ، فإنَّه لا يَصِحُّ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ ، وَلَا يُنْكِحُ ، وَلَا يَخْطُبُ » . رواه مسلمٌ[٤] . وإن عَقَدَ الحَلَالُ نِكاحًا لمُحْرِمٍ ، بأن يكونَ وَكِيلًا له ، أو وَلِيًّا عليه ، أو عَقَدَه على مُحْرِمَةٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لدُخُولِه فى عُمُومِ الحديثِ ، لأنَّه إذا تَزَوَّجَ له وَكِيلُه فقد نَكَحَ . وحكى القاضِى فى كَوْنِ الْمُحْرِمِ وَلِيًّا لغيرِه رِوَايتَيْنِ ؛ إحداهما ، لا تَصِحُّ . وهى اختيارُ الْخِرَقِىِّ . والثانية ، تَصِحُّ . وهى اختيارُ أبى بكرٍ ؛ / لأنَّ النكاحَ حُرِّمَ على الْمُحْرِمِ ، لأنَّه من[٥] دَواعِى الوَطْءِ المُفْسِدِ للحَجِّ ، ولا يَحْصُلُ ذلك فيه بكَوْنِه وَلِيًّا فيه[٦] لغيرِه . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لدُخُولِه فى عُمُومِ الخبرِ ، ولأنَّه عَقْدٌ لا يَصِحُّ للمُحْرِمِ ، فلا يَصِحُّ منه ، كشِرَاءِ الصَّيْدِ . وقد مَضَتْ هذه المسألةُ فى الحَجِّ بأَبْسَطَ من هذا الشَّرْحِ[٧] .

٩١/٧و

١١٨٠ ـ مسألة ؛ قال : (**وَأَىُّ الزَّوْجَيْنِ وَجَدَ بِصَاحِبِهِ جُنُونًا ، أَوْ جُذَامًا ، أو**

---

(٣٦) فى الأصل ، ب : « محلا » .

(١) فى الأصل : « نكاحها » .

(٢) سقط من : ا ، م .

(٣) فى ب : « لكونه » .

(٤) تقدم تخريجه فى : ٥/ ١٦٣ .

(٥) فى ب ، م : « فى » .

(٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٧) تقدم فى الجزء الخامس ١٦٢ ـ ١٦٥ .

بَرَصًا ، أو كَانَتِ الْمَرْأَةُ رَتْقَاءَ ، أَوْ قَرْنَاءَ[1] ، أو عَفْلاءَ ، أو فَتْقَاءَ ، أو الرَّجُلُ مَجْنُونًا ، فَلِمَنْ وَجَدَ ذٰلِكَ مِنْهُمَا[2] بِصَاحِبِهِ الْخِيَارُ فِى فَسْخِ النِّكَاحِ)

الكلامُ فى هذه المسألة فى فصولٍ أربعةٍ :

الأول : أنَّ خِيارَ الفَسْخِ يَثْبُتُ لكلِّ واحدٍ من الزَّوْجَيْنِ لِعَيْبٍ[3] يَجِدُه فى صاحِبِه فى الجملةِ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ بن الخَطَّابِ ، وابنِه ، وابنِ عباسٍ . وبه قال جابرُ [4]بن زيد[4] ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ عن علىٍّ : لا تُرَدُّ الحُرَّةُ بِعَيْبٍ . وبه قال النَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وعن ابنِ مسعودٍ : لا يَنْفَسِخُ النِّكاحُ بعَيْبٍ . وبه قال أبو حنيفةَ . وأصحابُه ، إلَّا أن يكونَ الرجلُ مَجْبُوبًا أو عِنِّينًا ، فإنَّ للمرأةِ الخِيارَ ، فإن اخْتارتِ الفِرَاقَ ، فَرَّقَ الحاكمُ بينهما بطَلْقةٍ ، ولا يكونُ فَسْخًا ؛ لأنَّ وُجودَ العَيْبِ لا يَقْتَضِى فَسْخَ النِّكاحِ ، كالعَمَى والزَّمانةِ وسائرِ العُيُوبِ . ولَنا ، أنَّ المُخْتَلَفَ فيه عَيْبٌ يَمْنَعُ الوَطْءَ ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كالجَبِّ والعُنَّةِ ، ولأنَّ المرأةَ أحدُ العِوَضَيْنِ فى النِّكاحِ ، فجاز رَدُّه بالعَيْبِ[5] ، كالصَّداقِ ، أو أحدُ العِوَضَيْنِ فى عَقْدِ النكاحِ ، فجاز رَدُّه بالعَيْبِ ، أو أحدُ الزَّوْجَيْنِ ، فثَبَتَ له الخِيارُ بالعَيْبِ فى الآخرِ كالمرأةِ . وأمَّا غيرُ هذه العُيُوبِ ، فلا يَمْنَعُ المَقْصودَ بعَقْدِ النِّكاحِ ، وهو الوَطْءُ ، بخِلافِ العُيُوبِ المُخْتَلَفِ فيها . فإن قيل : فالجُنُونُ والجُذامُ والبَرَصُ لا يَمْنَعُ الوَطْءَ . قُلْنا : بل يَمْنَعُه ؛ فإنَّ ذلك يُوجِبُ نَفْرَةً تَمْنَعُ قُرْبانَه بالكُلِّيَّةِ ومَسَّه ، ويُخافُ منه التَّعَدِّى إلى نَفْسِه ونَسْلِه ، والمَجْنُونُ[6] يُخافُ

---

(1) سقط من : الأصل .

(2) سقط من : ا ، ب .

(3) فى الأصل ، ب : « للعيب » .

(4 – 4) سقط من : م .

(5) فى الأصل ، ب : « بعيب » .

(6) فى ا ، ب : « والجنون » .

منه الجِنايةُ ، فصار كالمانِعِ الحِسِّيِّ .

الفصل الثاني : فى عَدَدِ العيوبِ المُجوِّزَةِ للفَسْخِ ، وهى فيما[7] ذكَرَ[8] الخِرَقِىُّ ثمانيةٌ : ثلاثةٌ يشْتَرِكُ فيها الزَّوْجان ؛ وهى : الجُنُونُ ، والجُذَامُ ، والبَرَصُ . واثنان يَخْتَصَّانِ الرَّجُلَ ؛ وهما الجَبُّ ، والعُنَّةُ . وثلاثةٌ تَخْتَصُّ المرأةَ[9] ؛ وهى الفَتْقُ ، والقَرْنُ ، والعَفَلُ . وقال القاضى : هى سَبْعةٌ . جَعَلَ القَرْنَ والعَفَلَ شيئا واحدًا ، وهو الرَّتْقُ أيضا ، وذلك لحمٌ يَنْبُتُ فى الفَرْجِ . وحكى ذلك عن أهل الأدَبِ ، وحُكِىَ نَحوُه عن أبى بكرٍ ، وذَكَره[10] أصحابُ الشافعىِّ . وقال الشافعىُّ / : القَرْنُ عَظْمٌ فى الفَرْجِ يَمْنَعُ الوَطْءَ . وقال غيرهُ : لا يكونُ فى الفَرْجِ عَظْمٌ ، إنَّما هو لَحْمٌ يَنْبُتُ فيه . وحُكِىَ عن أبى حَفْصٍ ، أنَّ العَفَلَ كالرَّغْوَةِ فى الفَرْجِ ، يَمْنَعُ لَذَّةَ الوَطْءِ . فعلى هذا يكون عَيْبًا نامِيًا . وقال أبو الخَطَّابِ : الرَّتْقُ أن يكون الفَرْجُ مَسْدُودًا . يعنى [11]أن يكونَ[11] مُلْتَصِقًا لا يَدْخُلُ الذَّكَرُ فيه . والقَرْنُ والعَفَلُ لَحْمٌ يَنْبُتُ فى الفَرْجِ فيَسُدُّه ، فهما فى مَعْنَى الرَّتْقِ ، إلَّا أنَّهما نَوْعٌ آخرُ . وأمَّا الفَتْقُ فهو انْخِراقُ ما بين مَجْرَى البَوْلِ ومَجْرَى المَنِىِّ . وقيل : ما بين القُبُلِ والدُّبُرِ . وذكَرَها أصحابُ الشافعىِّ سَبْعةً ، أسْقَطُوا منها الفَتْقَ ، ومنهم من جَعَلَها سِتَّةً ، جعَل القَرْنَ والعَفَلَ شيئا واحدًا . وإنما اخْتصَّ الفَسْخُ بهذه العُيُوبِ ؛ لأنَّها تَمْنَعُ الاسْتِمتاعَ المَقْصُودَ بالنكاحِ ، فإنَّ الجُذَامَ والبَرَصَ يُثِيرانِ نَفْرَةً فى النَّفْسِ تَمْنَعُ قُرْبانَه ، ويُخْشَى تَعَدِّيه إلى النَّفْسِ والنَّسْلِ ، فيَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ ، والجُنونُ يُثِيرُ نَفْرةً ويُخْشَى ضَرَرُهُ ، والجَبُّ والرَّتْقُ يَتَعَذَّرُ معه الوَطْءُ ، والفَتْقُ يَمْنَعُ لَذَّةَ الوَطْءِ وفائِدَتَه ، وكذلك العَفَلُ ، على قولِ مَنْ فَسَّرَه بالرَّغْوةِ .

٩١/٧ ظ

---

(٧) فى الأصل ، ا : « ما » .

(٨) فى الأصل : « ذكره » .

(٩) فى ا ، م : « بالمرأة » .

(١٠) فى الأصل : « وذكر نحوه » .

(١١ - ١١) سقط من : الأصل ، ب .

فإن اخْتَلَفَا فى وُجُودِ العَيْبِ ، مثل أن يكونَ بجَسَدِه[١٢] بَياضٌ يُمْكِنُ أن يكونَ بَهَقًا أو مرارًا ، واخْتَلَفا فى كونِه بَرَصًا ، أو كانت به علاماتُ الجُذَامِ ، من ذهَابِ شَعْرِ الحاجِبَيْنِ ، فاخْتَلَفا فى كونِه جُذَامًا ، فإن كانت[١٣] للمُدَّعِى بَيِّنةٌ من أهلِ الخِبْرَةِ والثِّقَةِ ، يَشْهَدانِ له بما قال ، ثَبَتَ قَوْلُه ، وإلَّا حَلَفَ المُنْكِرُ ، والقولُ قولُه ؛ لقولِ النَّبِىِّ ﷺ : « وَلٰكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »[١٤] . وإن اخْتلَفا فى عُيُوبِ النِّساءِ ، أُرِيَتِ النِّساءَ الثِّقاتَ ، ويُقْبَلُ فيه قولُ امرأةٍ واحدةٍ ، فإن شَهِدَتْ بما قال الزَّوْجُ ، وإلَّا فالقولُ قولُ المرأةِ . وأمَّا الجُنونُ ، فإنه يُثْبِتُ الخِيارَ ، سواءٌ كان مُطْبِقًا أو كان يُجَنُّ فى الأَحْيانِ ؛ لأنَّ النَّفْسَ لا تَسْكُنُ إلى مَنْ هذه[١٥] حالُه ، إلَّا أن يكونَ مَرِيضًا يُغْمَى عليه ، ثم يَزُولُ ، فذلك مَرَضٌ لا يَثْبُتُ به خِيارٌ . فإن زالَ المَرَضُ ، ودام به الإِغْماءُ ، فهو كالجُنُونِ ، يَثْبُتُ به الخِيارُ ، وأمَّا الجَبُّ ، فهو أن يكونَ جميعُ ذَكَرِه مَقْطُوعًا ، أو لم يَبْقَ منه إلَّا ما لا يُمْكِنُ الجِماعُ به ، فإن بَقِىَ منه ما يُمْكِنُ الجِماعُ به ، ويَغِيبُ منه فى الفَرْجِ قَدْرُ الحَشَفَةِ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ الوَطْءَ يُمْكِنُ[١٦] . وإن اخْتَلَفا فى ذلك ، فالقولُ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّه يَضْعُفُ بالقَطْعِ ، والأصْلُ عَدَمُ الوَطْءِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ القولَ قولُه ، كما لو ادَّعَى الوَطْءَ فى العُنَّةِ ، ولأنَّ له ما يُمْكِنُ الجماعُ بمِثْلِه ، فأشْبَهَ مَنْ له ذَكَرٌ قَصِيرٌ .

الفصل الثالث : أنَّه لَا يَثْبُتُ الخِيارُ لغير ما ذكَرْناه ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ من الاستِمْتاعِ المَعْقُودِ[١٧] عليه ، ولا يُخْشَى تَعَدِّيه ، فلم يُفْسَخْ[١٨] به / النكاحُ ، كالعَمَى والعَرَجِ ، ٩٢/٧و

---

(١٢) فى ب : « فى جسده » .

(١٣) فى ب : « كان » .

(١٤) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(١٥) فى م : « هذا » .

(١٦) فى ب : « ممكن » .

(١٧) فى م : « بالمعقود » .

(١٨) فى م : « ينفسخ » .

ولأنَّ الفَسْخَ إنَّما يَثْبُتُ بنَصٍّ أو إجْماعٍ أو قِياسٍ ، ولا نَصَّ فى غيرِ هذه[19] ولا إجماعَ ، ولا يَصِحُّ قِياسُها على هذه العُيوبِ ؛ لما بينهما من الفَرْقِ . وقال أبو بكرٍ ، وأبو حَفْصٍ : إذا كان أحَدُهُما لا يَسْتَمْسِكُ بَوْلَه ولا خَلاؤُه ، فللآخَرِ الخِيارُ . قال أبو الخَطَّابِ : ويتخَرَّجُ على ذلك مَنْ به الْباسُورُ ، والنَّاصُورُ[20] ، والقُرُوحُ السَّيَّالةُ فى الفَرْجِ ، لأنَّها تُثِيرُ نَفْرةً ، وتَتَعَدَّى نَجاسَتُها ، وتُسَمَّى مَنْ لا تَحْبِسُ نَجْوَها[21] الشَّرِيمَ ، ومن لا تَحْبِسُ بَوْلَها المَشْولةَ[22] ، ومثلُها من الرِّجالِ الأَفِينُ . قال أبو حَفْصٍ : والخِصاءُ عَيْبٌ يُرَدُّ به . وهو أحَدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ فيه نَقْصًا وعارًا ، ويَمْنَعُ الوَطْءَ أو يُضْعِفُه . وقد رَوَى أبو عُبَيْدٍ ، بإسنادِه عن سليمانَ بن يَسارٍ ، أنَّ ابنَ سَنْدَرٍ تزوَّجَ امرأةً وهو خَصِىٌّ ، فقال له عمرُ : أعْلَمْتَها ؟ قال : لا . قال : أعْلِمْها ، ثم خَيِّرْها[23] . وفى البَخَرِ ، وكَوْنِ أحَدِ الزَّوْجَيْنِ خُنْثَى ، وَجْهان ؛ أحدهما ، يَثْبُتُ الخِيارُ ؛ لأنَّ فيه نَفْرَةً ونَقْصًا وعارًا ، والبَخَرُ : نَتَنُ الفَمِ . وقال ابنُ حامدٍ : هو نَتَنٌ فى الفَرْجِ ، يَثُورُ عندَ الوَطْءِ . وهذا إن أرادَ به أنَّه يُسَمَّى أيضًا بَخَرًا ، ويُثْبِتُ الخيارَ ، وإلَّا فلا مَعْنَى له ، فإنَّ نَتَنَ الفَمِ يُسَمَّى بَخَرًا ، ويَمْنَعُ مُقارَبَةَ صاحِبِه إلَّا على كُرْهٍ . وما عَدَا هذه[24] فلا يُثْبِتُ الخِيارَ ، وَجْهًا واحدًا ، كالقَرَعِ ، والعَمَى ، والعَرَجِ ، وقَطْعِ اليَدَيْنِ والرِّجْلَيْنِ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ ، ولا يُخْشَى تَعَدِّيه . ولا نعلمُ فى هذا بين أهلِ العلمِ خِلافًا ، إلَّا أنَّ الحَسَنَ قال : إذا وَجَدَ الآخَرَ عَقِيمًا يُخَيَّرُ . وأحَبَّ أحمدُ (25أن يَتَبَيَّنَ 25) أمْرَه ، وقال : عَسَى

---

(19) فى ا ، ب ، م : « هذا » .

(20) فى م : « والناسور » . وهما بمعنى .

(21) النجو : ما يخرج من البطن من ريح وغائط .

(22) فى ا ، ب : « الماسولة » .

(23) وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى المرأة يتزوجها الخصى ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٤٠٦ . باختلاف يسير فى لفظه .

(24) فى ا ، م : « هذا » .

(25 - 25) فى ب ، م : « تبيين » .

امْرَأتُه تُرِيدُ الوَلَدَ . وهذا فى ابْتِداءِ النكاحِ ، فأمَّا الفَسْخُ فلا يَثْبُتُ به ، ولو ثَبَتَ بذلك لثَبَتَ فى الآيِسَةِ ، ولأنَّ ذلك لا يُعْلَمُ ، فإنَّ رِجالًا لا يُولَدُ لأحَدِهم وهو شابٌّ ، ثم يُولَدُ له وهو شَيْخٌ ، ولا[26] يَتَحَقَّقُ ذلك منهما[27] . وأما سائرُ العُيُوبِ فلا يَثْبُتُ بها فَسْخٌ عندَهم . واللهُ أعلمُ .

الفصل الرابع : أنَّه إذا أصاب أحَدُهما بالآخرِ عَيْبًا ، وبه عَيْبٌ من غيرِ جِنْسِه ، كالأبْرَصِ يَجِدُ المرأةَ مَجْنُونةً أو مَجْذومةً ، فلكلِّ واحدٍ منهما الخِيارُ ؛ لوُجُودِ سَبَبِه ، إلَّا أن يَجِدَ المَجْبُوبُ المرأةَ رَتْقاءَ ، فلا يَنْبَغِى أن يَثْبُتَ لهما[28] خِيارٌ[29] ؛ لأنَّ عَيْبَه ليس هو المانعَ لصاحِبِه من الاسْتِمْتاعِ ، وإنَّما امْتَنَعَ لِعَيْبِ نَفْسِه . وإن وَجَدَ أحَدُهما بصاحِبِه عَيْبًا به مِثْلُه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا خِيارَ لهما ؛ لأنَّهما مُتَساوِيانِ ، ولا مَزِيَّةَ لأحَدِهما على صاحِبِه ، فأشْبَها الصَّحِيحَيْنِ . والثانى ، له الخِيارُ ؛ لوُجُودِ سَبَبِه ، فأشْبَهَ ما لو غُرَّ عَبْدٌ بأمَةٍ .

٩٢/٧ ظ **فصل** : وإن حَدَثَ العَيْبُ بأحَدِهِما بعدَ العَقْدِ / ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يَثْبُتُ الخِيارُ . وهو ظاهرُ قولِ الْخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه قال : فإن جُبَّ قبلَ الدُّخُولِ[30] ، فلها الخِيارُ فى وَقْتِها ؛ لأنَّه عَيْبٌ فى النِّكاحِ يُثْبِتُ[31] الخيارَ مُقارِنًا ، فأثْبَتَه طارِئًا ، كالإِعْسَارِ وكالرِّقِّ ، فإنَّه يُثْبِتُ الخِيارَ إذا قارَنَ ، مثل أن تُغَرَّ الأمَةُ من عَبْدٍ ، ويُثْبِتُه إذا طَرَأتِ الحُرِّيةُ ، مثل إن عَتَقَتِ[32] الأمَةُ تحتَ العَبْدِ ، ولأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعةٍ ، فحُدُوثُ العَيْبِ بها

---

(٢٦) فى م : « فلا » .

(٢٧) سقط من : ا ، ب .

(٢٨) فى الأصل : « لها » .

(٢٩) فى ا ، م : « الخيار » .

(٣٠) فى ا : « الحول » .

(٣١) فى الأصل زيادة : « به » .

(٣٢) فى م : « أعتقت » .

يُثْبِتُ الخِيارَ ، كالإجارَةِ . والثانى ، لا يُثْبِتُ الخِيارَ . وهو قولُ أبى بكرٍ وابنِ حامدٍ . ومذهبُ مالكٍ ؛ لأنَّه عَيْبٌ حَدَثَ بالمَعْقُودِ عليه بعدَ لُزُومِ العَقْدِ ، أشْبَهَ الحادِثَ بالمَبِيعِ[33] . وهذا يَنْتَقِضُ بالعَيْبِ الحادِثِ فى الإجارةِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن حَدَثَ بالزَّوْجِ ، أثْبَتَ[34] الخِيارَ ، وإن حَدَثَ بالمرأةِ ، فكذلك ، فى أحدِ الوَجْهينِ ، والآخرِ ، لا يُثْبِتُه ؛ لأنَّ الرَّجُلَ يُمْكِنُه طَلَاقُها ، بخِلافِ المرأةِ . ولَنا ، أنَّهما تَساوَيا فيما إذا كان العَيْبُ سابِقًا ، فتَساوَيا فيه لاحِقًا ، كالمُتَبايِعَيْنِ .

فصل : ومن شَرْطِ ثُبُوتِ الخِيارِ بهذه العيوبِ ، أن لا يكونَ عالِمًا بها وَقْتَ العَقْدِ ، ولا يَرْضَى بها بعدَه ، فإن عَلِمَ بها فى العَقْدِ ، أو بعدَه فرَضِىَ ، فلا خِيارَ له . لا نعلمُ فيه خلافًا ؛ لأنَّه رَضِىَ به ، فأشْبَهَ مُشْتَرِىَ المَعِيبِ . وإن ظَنَّ العَيْبَ يَسِيرًا فبانَ كثيرًا ، كمن ظَنَّ أنَّ البَرَصَ فى قليلٍ من جَسَدِه ، فبانَ فى كثيرٍ منه ، فلا خِيارَ له أيضا ؛ لأنَّه من جِنْسِ ما رَضِىَ به . وإن رَضِىَ بعَيْبٍ ، فبان به غيرُه ، فله الخِيارُ ؛ لأنَّه وَجَدَ به عيبًا لم يَرْضَ به ، ولا بجِنْسِه ، فثَبَتَ له الخِيارُ ، كالمَبِيعِ إذا رَضِىَ بعَيْبٍ فيه ، فوَجَدَ به غيرَه . وإن رَضِىَ بعيبٍ ، فزادَ بعدَ العَقْدِ ، كأنْ[35] كان به قليلٌ من البَرَصِ ، فانْبَسطَ فى جِلْدِه[36] ، فلا خِيارَ له ؛ لأنَّ رِضاهُ به[37] رِضًى بما يَحْدُثُ منه .

فصل : وخِيارُ العَيْبِ ثابتٌ على التَّراخِى ، لا يَسْقُطُ ، مالم يُوجَدْ منه ما يَدُلُّ على الرِّضَى به ، من القولِ[38] ، أو الاسْتِمْتاعِ[39] من الزَّوْجِ ، أو التَّمْكِينِ من المرأةِ . هذا ظاهرُ كلامِ الْخِرَقِىِّ ؛ لقوله : فإن عَلِمَتْ أنَّه عِنِّينٌ ، فسَكَتَتْ عن المُطالَبةِ ، ثم طالَبَتْ

---

(٣٣) فى ا ، م : « بالبيع » .
(٣٤) فى م : « ثبت » .
(٣٥) فى الأصل ، ا ، ب : « كأنه » .
(٣٦) فى الأصل : « جسده » .
(٣٧) سقط من : ب .
(٣٨) فى الأصل : « القبول » .
(٣٩) فى ا ، م : « والاستمتاع » .

بعدُ ، فلها ذلك . وذَكَر القاضى أنَّه على الفَوْرِ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . فمتى أَخَّرَ الفَسْخَ مع العِلْمِ والإمكانِ ، بَطَلَ خِيارُه ؛ لأنَّه خِيارُ الرَّدِّ بالعَيْبِ . فكان على الفَوْرِ ، كالذى فى البَيْعِ . ولَنا ، أنَّه خِيارٌ[40] لدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فكان على التَّراخِى ، كخِيارِ القِصَاصِ ، وخِيارُ العَيْبِ فى المَبِيعِ يَمْنَعُه ، ثم الفرق بينهما أنَّ ضَرَرَه فى الْمَبِيعِ غيرُ مُتَحَقِّقٍ[41] ؛ لأنَّه قد يكونُ المقصودُ ماليَّتَه أو خِدْمَتَه ، ويَحْصُلُ ذلك مع عَيْبِه . وهٰهُنا المقصودُ الاسْتِمْتاعُ ، ويَفُوتُ ذلك بعَيْبِه . / وأمَّا خِيارُ المُجْبَرةِ والشُّفْعَةِ والمَجْلِسِ ، فهو لِدَفْعِ ضَرَرٍ غيرِ مُتَحَقِّقٍ . ٩٣/٧و

فصل : ويَحتاجُ الفسخُ إلى حُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأنَّه مُجْتَهَدٌ فيه ، فهو كفَسْخِ العُنَّةِ ، والفَسْخِ للإعْسارِ بالنَّفَقةِ . ويُخالفُ خِيارَ المُعْتَقَةِ ؛ فإنَّه مُتَّفَقٌ عليه .

١١٨١ – مسألة ؛ قال : (وَإِذَا فَسَخَ قَبْلَ الْمَسِيسِ ، فَلَا مَهْرَ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، وادَّعَى أَنَّهُ مَا عَلِمَ ، حَلَفَ ، وكَانَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ ، وعَلَيْهِ المَهْرُ ، يَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ)

الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فصولٍ أربعة :

أحدها : أنَّ الفَسْخَ إذا وُجِدَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها عليه ، سواءٌ كان من الزَّوْجِ أو المرأةِ . وهذا قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ الفَسْخَ إن كان منها ، فالفُرْقَةُ من جِهَتِها ، فسَقَطَ مَهْرُها ، كما لو فَسَخَتْهُ[1] برَضاعِ زَوْجةٍ له أُخْرَى ، وإن كان منه ، فإنَّما فَسَخَ لعَيْبٍ بها دَلَّسَتْه بالإخْفاءِ ، فصار الفَسْخُ كأنَّه منها . فإن قيل : فهَلَّا جَعَلْتُمْ فَسْخَها لِعَيْبِه[2] ،

---

(٤٠) فى م زيادة : « له » .

(٤١) فى الأصل : « محقق » .

(١) فى ا ، م : « فسخه » .

(٢) فى ا ، م : « لعيب » .

كأنَّه منه ؛ لحُصُولِه بتَدْلِيسِه ؟ قُلْنا : العِوَضُ من الزَّوْجِ فى مُقابَلَةِ مَنافِعِها ، فإذا اختارَتْ فَسْخَ العَقْدِ مع سَلامةِ ما عَقَدَتْ عليه ، رَجَعَ العِوَضُ إلى العاقِدِ معها ، وليس من جِهَتِها عِوَضٌ فى مُقابَلَةِ مَنافِعِ الزَّوْجِ ، وإنَّما ثَبَتَ[3] لها الخِيارُ لأجْلِ ضَرَرٍ يَلْحَقُها ، لا لتَعَذُّرِ ما استَحَقَّتْ عليه فى مُقابَلَتِه عِوَضًا ، فافْتَرقا .

الفصل الثانى : أنَّ الفَسْخَ إذا كان بعدَ الدُّخولِ ، فلها المَهْرُ ؛ لأنَّ المهرَ يَجِبُ بالعَقْدِ ، ويَسْتَقِرُّ بالدُّخولِ ، فلا يَسْقُطُ بحادِثٍ[4] بعدَه ، ولذلك لا يَسْقُطُ بردَّتِها ، ولا بِفَسْخٍ من جِهَتِها ، ويجبُ المَهْرُ المُسَمَّى . وذكر القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » فيه رِوَايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، يجبُ المُسَمَّى . والأُخْرَى ، مَهْرُ المِثْلِ ، بِناءً على الرِّوايتَيْنِ فى العَقْدِ الفاسِدِ . وقال الشافعىُّ : الواجبُ مهرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ الفَسْخَ اسْتَنَدَ إلى العَقْدِ ، فصار كالعَقْدِ الفاسِدِ . ولَنا ، أنَّها فُرْقَةٌ بعدَ الدُّخولِ فى نكاحٍ صحيحٍ فيه (5مُسَمًّى[6] صحيحٌ 5) ، فوَجَبَ المُسَمَّى ، كغَيْرِ[7] المَعِيبةِ ، وكالمُعْتَقةِ تحتَ عَبْدٍ . والدليلُ على أنَّ النِّكاحَ صحيحٌ ، أنَّه وُجِدَ بشُرُوطِه وأركانِه ، فكان صحيحًا ، كما لو لم يَفْسَخْه ، ولأنَّه لو لم يَفْسَخْه لَكان صحيحًا ، فكذلك إذا فَسَخَه ، كنِكاحِ الأَمَةِ إذا عَتَقَتْ تحتَ عَبْدٍ ، ولأنَّه تَتَرَتَّبُ عليه أحكامُ الصِّحَّةِ من ثُبُوتِ الإحْصانِ والإباحةِ للزَّوْجِ الأوَّلِ ، وسائرُ أحْكامِ الصَّحِيحِ[8] ، ولأنَّه لو كان فاسدًا لَمَا جاز إبْقاؤُه وتَعَيَّنَ فَسْخُه . وما ذَكَرُوه غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ الفَسْخَ يَثْبُتُ حُكْمُه من[9] حِينِه ، غيرَ سابِقٍ عليه ، وما وَقَعَ على صِفَةٍ يَسْتَحِيلُ أن يكونَ واقعًا على غيرِها . وكذلك لو فُسِخَ البَيْعُ بعَيْبٍ[10] / ، لم

٩٣/٧ ظ

(٣) فى ا ، ب : « يثبت » .
(٤) فى الأصل : « لحادث » .
(٥ – ٥) سقط من : الأصل .
(٦) فى ب ، م : « سمى » .
(٧) فى ا ، م : « لغير » .
(٨) فى م : « الصحة » .
(٩) فى ا ، م : « فى » .
(١٠) فى الأصل : « لعيب » .

يَصِيرِ العَقْدُ فاسدًا ، ولا يكونُ النَّماءُ لغيرِ المُشْتَرِي ، ولو كان المَبِيعُ[11] أَمَةً ، فوَطِئَها ، لم يَجِبْ به مَهْرُها ، فكذلك النكاحُ .

الفصل الثالث : إذا عَلِمَ بالعَيْبِ وقتَ العَقْدِ ، أو بعدَه ثم وُجِدَ منه رِضًى ، أو دَلالةٌ عليه ، كالدُّخولِ بالمرأةِ ، أو تَمْكِينِها[12] إيَّاه من الوَطْءِ ، لم يَثْبُتْ له الفَسْخُ ؛ لأنَّه رَضِيَ بإسْقاطِ حَقِّه فسَقَطَ ، كما لو عَلِمَ المشترِي بالعَيْبِ فرَضِيَه . وإذا اخْتلفَا في العِلْمِ ، فالقولُ قولُ مَنْ يُنْكِرُه ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُه .

الفصل الرابع : أنَّه يَرْجِعُ بالمَهْرِ على مَنْ غَرَّه . وقال أبو بكرٍ : فيه روايتان ؛ إحداهما ، يَرْجِعُ به[13] . والأُخْرَى : لا يَرْجِعُ . والصحيحُ أنَّ المذهبَ رِوايةٌ واحدةٌ ، وأنَّه يَرْجِعُ به[14] ؛ فإنَّ أحمدَ قال : كنتُ أذْهَبُ إلى قولِ عليٍّ فهِبْتُه ، فمِلْتُ إلى قولِ عمرَ : إذا تَزَوَّجَها ، فرأى جُذَامًا أو بَرَصًا ، فإنَّ لها المَهْرَ بمَسِيسِه[15] إيَّاها ، ووَلِيُّها ضامِنٌ للصَّدَاقِ . وهذا يَدُلُّ على أنَّه رَجَعَ إلى هذا القولِ ، وبه قال الزُّهْرِيُّ ، وقَتادةُ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ في القديمِ . ورُوِيَ عن عليٍّ أنَّه قال[16] : لا يَرْجِعُ[17] . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ في الجديدِ ؛ لأنَّه ضَمِنَ ما اسْتَوْفَى بَدَلَه ، وهو الوَطْءُ ، فلا يَرْجِعُ به على غيرِه ، كما لو كان المَبِيعُ مَعِيبًا فأكَلَه . ولَنا ، ما رَوَى مالكٌ ، عن يَحْيَى بن سعيدٍ ، عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، قال : قال عمرُ بن الخَطَّابِ : أيُّما رَجُلٍ تَزَوَّجَ بامْرأةٍ بها جُنُونٌ أو جُذَامٌ أو بَرَصٌ ، فمَسَّها ، فلها صَدَاقُها ، وذلك لزَوْجِها غُرْمٌ على وَلِيِّها[18] . ولأنَّه

---

(11) في الأصل ، م : « البيع » .
(12) في الأصل : « وتمكينها » .
(13) سقط من : الأصل .
(14) سقط من : الأصل ، ب .
(15) في الأصل : « لمسيسه » .
(16) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(17) أخرجه البيهقي ، في : باب ما يرد به النكاح من العيوب ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢١٥ .
(18) أخرجه البيهقي ، في : باب ما يرد به النكاح من العيوب ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢١٤ ، =

غَرَّه فى النِّكاحِ بما[19] يُثْبِتُ[20] الخِيارَ ، فكان المَهْرُ عليه ، كما لو غرَّه بحُرِّيَّةِ أَمَةٍ . وإذا ثَبَتَ هذا ، فإن كان الوَلِىُّ عَلِمَ غَرِمَ ، وإن لم يكنْ عَلِمَ فالتَّغْرِيرُ من المرأةِ ، فيَرْجِعُ عليها[21] بجميعِ الصَّدَاقِ . وإن اخْتلفُوا فى عِلْمِ الوَلِىِّ ، فشَهِدَتْ بَيِّنةٌ عليه بالإقْرارِ بالعِلْمِ ، وإلَّا فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . قال الزهرىُّ ، وقَتادةُ : إن عَلِمَ الوَلِىُّ غَرِمَ ، وإلَّا اسْتُحْلِفَ باللهِ العَظِيمِ[22] ؛ أنَّه ما عَلِمَ ، ثم هو على الزَّوْجِ . وقال القاضى : إن كان أبًا ، أو جَدًّا ، أو ممَّن يجوزُ له أن يَراها ، فالتَّغْرِيرُ من جِهَتِه ، عَلِمَ أو لم يَعْلَمْ . وإن كان ممَّن لا يجوزُ له أن يَراها ، كابْنِ العَمِّ ، والمَوْلَى ، وعَلِمَ غَرِمَ ، وإن أنْكَرَ ، ولم تَقُمْ بَيِّنَةٌ بإقْرارِه ، فالقولُ قولُه ، ويَرْجِعُ على المرأةِ بجميعِ الصَّداقِ . وهذا قولُ مالكٍ ، إلَّا أنَّه قال : إذا رَدَّتِ المرأةُ ما أخَذَتْ ، تُرِكَ لها قَدْرَ ما تُسْتَحَلُّ به ، لئلَّا تَصِيرَ كالمَوْهُوبةِ . وللشافعىِّ قَوْلان ، كقولِ مالكٍ والقاضى . ولَنا ، على أنَّ الوَلِىَّ إذا لم يَعْلَمْ لا يَغْرَمُ ، أنَّ التَّغْرِيرَ[23] من غيرِه ، فلم يَغْرَمْ ، كما لو كان ابنَ عَمٍّ . وعلى أنَّه يرجِعُ بكلِّ الصداقِ ، أنَّه مَغْرُورٌ / منها ، فرَجَعَ بكلِّ الصَّداقِ ، كما لو غرَّه الوَلِىُّ . وقولُهم : لا يَخْفَى على مَنْ يَراها . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ عُيُوبَ الفَرْجِ لا اطِّلاعَ له عليها ، ولا يَحِلُّ له رُؤْيَتُها ، وكذلك العيوبُ تحت الثِّيابِ ، فصار فى هذا كمَنْ لا يَراها ، إلَّا فى الجُنُونِ ، فإنَّه لا يكادُ يَخْفَى على مَنْ يَراها ، إلَّا أن يكونَ غائبًا . وأمَّا الرُّجوعُ بالمَهْرِ ، فإنَّه لسَبَبٍ آخرَ ، فيكونُ بمَنْزِلةِ ما لو وَهَبَتْه إيَّاه ، بخلافِ المَوْهُوبةِ .

٩٤/٧ و

فصل : إذا طَلَّقَها[24] قبلَ الدُّخولِ ، ثم عَلِمَ أنَّه كان بها عَيْبٌ ، فعليه نِصْفُ

= ٢١٥ . وعبد الرزاق ، فى : باب ما رد من النكاح ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٤٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب المرأة يتزوجها الرجل وبها برص ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٧٥ . وليس فى الموطأ .

(١٩) فى الأصل : « لما » .

(٢٠) فى م زيادة : « به » .

(٢١) فى م : « عليه » .

(٢٢) لم يرد فى : ا ، ب .

(٢٣) فى م : « الغرير » .

(٢٤) فى م : « طلقا » .

الصَّداقِ ، ولا يَرْجِعُ به ؛ لأنَّه رَضِيَ بالْتِزامِ نِصْفِ الصَّداقِ ، فلم يَرْجِعْ على أحدٍ . وإن ماتتْ أو ماتَ قبلَ العِلْمِ بالعَيْبِ ، فلها الصَّداقُ كاملًا ، ولا يرجعُ على أحدٍ ؛ لأنَّ سَبَبَ الرُّجوعِ الفَسْخُ ، ولم يُوجَدْ ، وهٰهُنا اسْتَقَرَّ الصداقُ بالمَوْتِ ، فلا يَرْجِعُ به .

١١٨٢ – مسألة ؛ قال : (وَلَا سُكْنَى لَهَا ، وَلَا نَفَقَةَ ؛ لِأَنَّ السُّكْنَى وَالنَّفَقَةَ إِنَّمَا تَجِبُ لِمَرْأَةٍ لِزَوْجِهَا[1] **عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ)**

وإنَّما كان كذلك ؛ لأنَّها تَبِينُ بالفَسْخِ ، كما تَبِينُ بطَلَاقٍ ثَلَاثٍ ، ولا يَسْتَحِقُّ زَوْجُها عليها رَجْعةً ، فلم تَجِبْ لها سُكْنَى ولا نَفَقةٌ ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ لفاطمةَ بنتِ قَيْسٍ : « إِنَّمَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ لِلْمَرْأَةِ إِذَا كَانَ لِزَوْجِهَا عَلَيْهَا الرَّجْعَةُ » . رواه النَّسائِيُّ[2] . وهذا إذا كانت حائلًا ، فإن كانت حامِلًا ، فلها النَّفَقةُ ؛ لأنَّها بائنٌ من نكاحٍ صحيحٍ فى حالِ حَمْلِها ، فكانت لها النفقةُ كالمُطَلَّقةِ ثلاثًا والمُخْتَلعةِ . وفى السُّكْنَى رِوَايتان . وقال القاضى : لا نَفَقَةَ لها إن كانت حامِلًا ، فى أحدِ الوَجْهَيْنِ ؛ (3) لأنَّها بائِنٌ من نِكاحٍ فاسدٍ . وكذلك قال[4] أصحابُ الشافعىِّ ، فى أحدِ الوَجْهينِ (3) ، وفى الآخرِ : لها النفقةُ ؛ لأنَّ النفقةَ للحَمْلِ ، والحَمْلُ لَاحِقٌ به ، وبَنَوْه على أنَّ النكاحَ فاسِدٌ ، وقد بَيَّنَّا صِحَّتَه فيما مَضَى .

فصل : وليس لوَلِىِّ الصغيرةِ والصغيرِ وسَيِّدِ الأَمَةِ تَزْويجُهُم مِمَّن[5] به أحدُ هذه العُيوبِ ؛ لأنَّه ناظِرٌ لهم بما فيه الحَظُّ ، ولا حَظَّ لهم فى هذا العقدِ . فإن زَوَّجَهُم مع العِلْمِ بالعَيْبِ ، لم يَصِحَّ النكاحُ ؛ لأنَّه عَقَدَ لهم عقدًا لا يجوزُ عَقْدُه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو باع

---

(١) فى م : « زوجها له » .

(٢) فى : باب الرخصة فى ذلك ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١١٧ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٧٣ ، ٤١٧ .

(٣–٣) سقط من : الأصل ، نقل نظر .

(٤) فى ا : « كل » .

(٥) فى ا ، م : « لمن » .

عَقارِه لغيرِ غِبْطَةٍ ولا حاجةٍ . وإن لم يَعْلَمْ بالعَيْبِ ، صَحَّ ، كما لو اشْتَرَى لهم مَعِيبًا لا يَعْلَمُ عَيْبَه ، ويَجِبُ عليه الفَسْخُ إذا عَلِمَ ؛ لأنَّ عليه النَّظَرَ لهم بما فيه الحظُّ ، والحظُّ فى الفَسْخِ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ النكاحُ ؛ لأنَّه زَوَّجَهُم ممَّن لا يَمْلِكُ تَزْوِيجَهُم إيَّاه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو زَوَّجَهُم مِمَّن[6] يَحْرُمُ عليهم .

فصل: وليس له تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ بمَعِيبٍ بغيرِ رِضَاها . بغير خلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّها تَمْلِكُ الفَسْخَ إذا / عَلِمَتْ به بعدَ العَقْدِ ، فالامْتِناعُ أَوْلَى . وإن أرادتْ أن تتزوَّجَ مَعِيبًا ، فله مَنْعُها ، فى أحدِ الوَجْهينِ . قال أحمدُ : ما يُعْجِبُنِى أن يُزَوِّجَها بعِنِّينٍ ، وإن رَضِيَتِ الساعةَ تكْرَهُه[7] إذا دَخَلَتْ عليه ؛ لأنَّ من شأْنِهِنّ النِّكاحُ ، ويُعْجِبُهُنَّ من ذلك ما يُعْجِبُنا . وذلك لأنَّ الضَّرَرَ فى هذا دائمٌ ، والرِّضَى غيرُ مَوْثوقٍ بدَوَامِه ، ولا يَتَمَكَّنُ من التَّخَلُّصِ إذا كانت عالِمةً فى ابْتِداءِ العَقْدِ ، ورُبَّما أفْضَى إلى الشِّقَاقِ والعَدَاوةِ ، فيَتَضَرَّرُ وَلِيُّها وأَهْلُها ، فمَلَكَ الوَلِىُّ مَنْعَها ، كما لو أرادتْ نِكاحَ مَنْ ليس بكُفْءٍ . والثانى ، ليس له مَنْعُها ؛ لأنَّ الحَقَّ لها . وقال القاضى : له مَنْعُها من نِكاحِ المجنونِ ، وليس له منعُها من نكاحِ المَجْبُوبِ والعِنِّينِ ؛ لأنَّ ضَرَرَهُما عليها خاصَّةً . وفى الأبْرَصِ والمَجْذُومِ وَجْهانِ ؛ أحدهما ، لا يَمْلِكُ مَنْعَها ؛ لأنَّ الحَقَّ لها ، والضَّرَرَ عليها ، فأشْبَها المَجْبُوبَ والعِنِّينَ . والثانى ، له مَنْعُها ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا منه[8] ، فإنَّه[9] يُعَيَّرُ[10] به ، ويخْشَى تَعَدِّيه إلى الوَلَدِ ، فأشْبَهَ التَّزْوِيجَ بمَن[11] لا يُكافِئُها . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . والأَوْلَى أنَّ له مَنْعَها فى جميعِ الصُّوَرِ ؛ لأنَّ عليها فيه ضَرَرًا دائمًا ، وعارًا عليها وعلى أهْلِها ، فمَلَكَ

٧/٩٤ظ

---

(٦) فى ا ، ب ، م : « بمن » .

(٧) فى الأصل ، م : « تكره » .

(٨) سقط من : الأصل ، م .

(٩) فى الأصل ، ب : « لأنه » .

(١٠) فى ا ، ب ، م : « يتغير » .

(١١) فى م : « لمن » .

مَنْعَها منه ، كالتَّزويج بغيرِ كُفْءٍ . فأمَّا إن[12] اتَّفقا على ذلك ، ورَضِيَا به ، جازَ ، وصَحَّ النكاحُ ؛ لأنَّ الحقَّ لهما ، ولا يَخْرُجُ عنهما . ويُكْرَهُ لهما ذلك ؛ لما ذكره الإمامُ أبو عبدِ الله ، من أنَّها وإن[13] رَضِيَتِ الآن ، تكرهُه[14] فيما بعدُ . ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ سائرُ الأوْلياءِ الاعْتِراضَ[15] عليها ومَنْعَها[15] من هذا التَّزويج ؛ لأنَّ العارَ يلْحَقُهم[16] ، ويَنَالُهم الضَّرَرُ ، فأشْبَهَ ما لو زَوَّجَها بغيرِ كُفْءٍ . فأمَّا إن حَدَثَ العَيْبُ بالزَّوْجِ ، ورَضِيَتْه المرأةُ ، لم يَمْلِكْ وَلِيُّها إجْبارَها على الفَسْخِ ؛ لأنَّ حَقَّه فى ابْتِداءِ العَقْدِ لا فى دَوامِه ، ولهذا لو دَعَتْ وَلِيَّها إلى تَزْويجِها بعَبْدٍ لم يَلْزَمْه إجابَتُها ، ولو عَتَقَتْ تحتَ عَبْدٍ ، لم يَمْلِكْ إجْبارَها على الفَسْخِ .

١١٨٣ – مسألة ؛ قال : (وإذا عَتَقَتِ الأَمَةُ ، وزَوْجُها عَبْدٌ ، فلَهَا الْخِيارُ فى فَسْخِ النِّكَاحِ)

أَجْمَعَ أهلُ العلمِ على هذا ، ذَكَره ابنُ المُنْذِرِ ، وابنُ عبدِ البَرِّ ، وغيرُهما . والأصْلُ فيه خَبَرُ بَرِيرةَ ، قالت عائشةُ : كاتَبَتْ بَرِيرَةُ ، فخَيَّرها رسولُ اللهِ ﷺ فى زَوْجِها ، وكان عَبْدًا ، فاخْتارَتْ نَفْسَها . قال عُرْوَةُ : ولو كان حُرًّا ما خَيَّرَهَا رسولُ اللهِ ﷺ . رواه مالكٌ ،[1] فى « المُوَطَّأِ »[1] ، وأبو داودَ ، والنَّسائِىُّ[2] . ولأنَّ عليها ضَرَرًا فى كَوْنِها حُرَّةً تحت

---

(١٢) فى م : « إذا » .

(١٣) فى ا ، ب : « إن » .

(١٤) فى الأصل ، م : « تكره » .

(١٥–١٥) فى ا ، ب ، م : « عليهما ومنعهما » .

(١٦) فى ا ، ب ، م : « يلحق بهم » .

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريج حديث بريرة ، عند تخريج قوله ﷺ : « الولاء لمن أعتق » ، وتخريجه فى هذه المسألة حسب الاستدلال به ، من حيث كانت تحت حر أو عبد .

وما ورد هنا أخرجه مالك ، فى : باب ما جاء فى الخيار ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢ / ٥٦٢ . وأبو داود ، فى : باب فى المملوكة تعتق ... ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٧ . والنسائى ، فى : باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٣٥ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب بيع الولاء وهبته ، من كتاب العتق ، وفى : باب لا يكون بيع الأمة طلاقا ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الأدم ، من كتاب الأطعمة ، وفى : باب ميراث السائبة ، وباب إذا أسلم على يديه ، من كتاب =

عَبْدٍ[3] ، فكان لها الخِيارُ كما لو[4] تزوَّج حُـرَّةً على أنَّه حُرٌّ ، فبانَ عَبْدًا ، فإن اختارَتِ الفَسْخَ فلهـا / فِرَاقُـه ، وإن رَضِيَتِ المُقامَ معه لم يَكُنْ لهـا فِراقُه بعدَ ذلك ؛ لأنَّها أسْقَطَتْ حَقَّها . وهذا ممَّا لا خِلافَ فيه ، بحَمْدِ اللهِ تعالى .

٩٥/٧و

فصل : وإن عَتَقَتْ تحت حُرٍّ ، فلا خِيارَ لها . وهذا قولُ ابنِ عمرَ ، وابنِ عباسٍ ، وسعيدِ بن المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، وعَطاءٍ ، وسليمانَ بن يسارٍ ، وأبى قِلَابَةَ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، ومالكٍ ، والأَوْزاعىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ . وقال طاوُس ، وابنُ سِيرِينَ ، ومُجاهدٌ ، والنَّخَعِىُّ ، وحمَّادُ بن أبى سُلَيمانَ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصحـابُ الـرَّأْىِ : لها الخِيارُ ؛ لما رَوَى الأَسْوَدُ ، عن عائشةَ ، أنَّ النبىَّ ﷺ خَيَّرَ بَرِيرَةَ ، وكان زَوْجُها حُرًّا . رواه النَّسائىُّ[5] . ولأنها كَمَلَتْ[6] بالحُرِّيَّةِ ، فكـان لها الخِيـارُ ، كما لو كان زَوْجُهـا عَبْدًا . ولَنا ، أنَّها كافَأَتْ زَوْجَها فى الكَمالِ ، فلم يَثْبُتْ لها الخِيارُ[7] ، كما لو أسْلَمَتِ

= الفرائض . صحيح البخارى ٣ / ١٩٢ ، ٧ / ٦١ ، ١٠٠ ، ٨ / ١٩٢ ، ١٩٣ . ومسلم ، فى : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢ / ١١٤٣ ، ١١٤٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المرأة تعتق ولها زوج ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ١٠١ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧١ . والدارمى ، فى : باب فى تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، وباب ما جاء فى الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٦٩ ، ٢٦٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٨٠ .

(٣) فى الأصل ، م : « العبد » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ... ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥ / ٨١ ، ٦ / ١٣٣ ، ٧ / ٢٦٤ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢ / ١١٤٤ . وأبو داود ، فى : باب من قال : كان حرًّا ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المرأة تعتق ولها زوج ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥ / ١٠١ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٠ . والدارمى ، فى : باب فى تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١١٦٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤٢ ، ١٧٠ .

(٦) فى الأصل : « كاملة » .

(٧) فى الأصل : « خيار » .

الكِتَابِيَّةُ تحتَ مُسْلِمٍ . فأمَّا خبرُ الأَسْوَدِ عن عائشةَ ، فقد رَوَى عنها القاسِمُ بن محمدٍ وعُرْوَةَ ، أنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كان عَبْدًا[8] . وهما أخصُّ بها من الأَسْوَدِ ؛ لأنَّهما ابنُ أخِيها وابنُ أُخْتِها . وقد رَوَى الأَعْمَشُ ، عن إبراهيمَ ، عن الأَسْوَدِ ، عن عائشةَ ، أنَّ زَوْجَ بَرِيرَةَ كان عبدًا . فتَعارَضَتْ رِوَايتاه . وقال ابنُ عباسٍ : كان زَوْجُ بَرِيرَةَ عبدًا أسْوَدَ لبَنِى المُغِيرَةِ ، يقال له : مُغِيثٌ . رواه البُخاريُّ ، وغيرُه[9] . وقالت صَفِيَّةُ بنتُ أبى عُبَيْدٍ : كان زوجُ بريرةَ عبدًا أسْوَدَ[10] . قال أحمدُ : هذا ابنُ عباسٍ وعائشةُ قالا فى زَوْجِ بَرِيرَةَ : إنَّه عَبْدٌ . رِوَايةُ علماءِ المَدِينةِ وعَمَلُهم ، وإذا رَوَى أهْلُ المدينةِ حَدِيثًا وعَمِلُوا به ، فهو أصَحُّ شىءٍ ، وإنَّما يَصِحُّ أنَّه حُرٌّ عن الأَسْوَدِ وَحْدَه ، فأمَّا غيرُه فليس بذاك . قال : والعَقْدُ صحيحٌ ، فلا يُفْسَخُ بالمُخْتَلَفِ فيه ، والحُرُّ فيه اخْتِلافٌ ، والعَبْدُ لا اخْتِلافَ فيه ، ويُخالِفُ الحُرُّ العَبْدَ ؛ لأنَّ العَبْدَ ناقِصٌ ، فإذا كَمَلَتْ تحتَه تَضَرَّرَتْ ببَقائِها عندَه ، بخِلافِ الحُرِّ .

فصل : وفُرْقَةُ الخِيارِ فَسْخٌ ، لا يَنْقُصُ بها عَدَدُ الطَّلاقِ . نَصَّ عليه أحمدُ . ولا أعلمُ فيه خلافًا . قيلَ لأحمدَ : لِمَ لا يكونُ طَلاقًا ؟ قال : لأنَّ الطَّلاقَ ما تكلَّمَ به الرجلُ . ولأنَّها فُرْقَةٌ لِاخْتِيارِ المرأةِ ، فكانت فَسْخًا ، كالفَسْخِ[11] لِعُنَّتِه أو عَتَهِه[11] .

---

(8) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المملوكة تعتق ، وهى تحت حر أو عبد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٧ .

(9) أخرجه البخارى ، فى : باب خيار الأمة تحت العبد ، وباب شفاعة النبى ﷺ فى زوج بريرة ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧ / ٦١ ، ٦٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المملوكة تعتق ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٧ . والنسائى ، فى : باب شفاعة الحاكم للخصوم ... ، من كتاب القضاة . المجتبى ٨ / ٢١٥ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧١ .

(10) سقط من : ا ، ب ، م . والخبر أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٩٣ . والبيهقى ، فى : باب الأمة تعتق وزوجها عبد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٢٢ .

(11 - 11) فى م : « لعنة أو عتة » .

١١٨٤ ـ مسألة ؛ قال : (فَإِنْ أُعْتِقَ قَبْلَ أَنْ تَخْتارَ ، أَوْ وَطِئَهَا ، بَطَلَ خِيَارُهَا ، عَلِمَتْ أَنَّ الْخِيَارَ لَهَا أَوْ لَمْ تَعْلَمْ)

وجملةُ ذلك أَنَّ خِيارَ المُعْتَقَةِ على التَّراخِى ، ما لم يُوجَدْ أَحَدُ هٰذينِ الأَمْرَيْنِ ؛ عِتْقِ زَوْجِها ، أوْ وَطْئِه لها ، ولا يُمْنَعُ الزَّوْجُ من وَطْئِها . /وممَّن قال إنَّه على التَّراخِى ؛ مالكٌ ، والأَوْزاعىُّ . ورُوِىَ ذلك عن عبدِ الله بن عمرَ ، وأُخْتِه حَفْصةَ . وبه قال سليمانُ بن يسارٍ ، ونافعٌ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادةُ . وحكاه بعضُ أهلِ العلمِ عن الفُقَهاء السَّبْعةِ . وقال أبو حنيفةَ ، وسائرُ العِراقِيِّينَ : لها الخِيارُ فى مَجْلِسِ العِلْمِ . وللشافعىِّ ثلاثةُ أقوالٍ ؛ أظْهَرُها كقَوْلِنا . والثانى ، أنَّه على الفَوْرِ ، كخِيارِ الشُّفْعةِ . والثالث ، أنَّه[1] إلى ثلاثةِ أيامٍ . ولَنا ، ما رَوَى الإمامُ أحمدُ ، فى « المُسْنَدِ »[2] ، بإسْنادِه عن الحسنِ بن عمرِو بن أُمَيَّةَ ، قال : سَمِعْتُ رِجالًا يتحَدَّثُونَ عن النَّبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إذَا عَتَقَتِ الْأَمَةُ ، فَهِىَ بالْخِيَارِ ، مَا لَمْ يَطَأْهَا ، إنْ شَاءَتْ فَارَقَتْهُ ، وإنْ وَطِئَها فَلَا خِيَارَ لَهَا » . رَواه الأَثْرَمُ أيضا . ورَوَى أبو داودَ[3] ، أَنَّ بَرِيرَةَ عَتَقَتْ وهى عندَ مُغِيثٍ ، عبدٍ لآلِ أبى أحمدَ ، فخَيَّرها النَّبىُّ ﷺ ، فقال لها : « إنْ قَرِبَكِ فَلَا خِيَارَ لَكِ » . ولأَنَّه قولُ مَنْ سَمَّيْنا من الصحابةِ ، ولا مُخالِفَ لهم فى عَصْرِهم . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : لا أعْلَمُ لِابْنِ عمرَ وحَفْصةَ مُخالِفًا من الصحابةِ . ولأَنَّ الحاجةَ داعِيةٌ إلى ذلك ، فثَبَتَ ، كخِيارِ القِصَاصِ ، أو خِيارٍ لدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فأشْبَهَ ما قُلْناه . إذا ثَبَتَ هذا ، فمتى عَتَقَ قبلَ أن تَخْتارَ ، سَقَطَ خِيارُها ؛ لأَنَّ الخِيَارَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ بالرِّقِّ ، وقد زال بعِتْقِه ، فسَقَطَ ، كالمَبِيعِ إذا

٩٥/٧ ظ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) المسند ٤ / ٦٥ .

(٣) فى : باب متى يكون لها الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٨ .

كما أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٩٤ . وانظر ما سبق ، فى : ٦ / ١٨ ، ٩ / ٣٨٢ .

زال عَيْبُه . وهذا أحدُ قَوْلَي الشافعيِّ . وإن وَطِئَها بَطَلَ خِيارُها ، عَلِمَتْ بالخِيارِ أو لم تَعْلَمْ . [4]نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ مَنْ سَمَّيْنا فى صَدْرِ المسألةِ . وذكر القاضى وأصحابُه : أنَّ لها الخِيارَ وإن أُصِيبَتْ ، ما لم تَعْلَمْ [4] ، فإن أصابَها بعدَ عِلْمِها ، فلا خِيارَ لها . وهذا قولُ عطاءٍ ، والحَكَمِ ، وحَمَّادٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والأَوْزاعِىِّ ، والشافعىِّ ، وإسْحاقَ ؛ لأنَّها إذا أمْكَنَتْ من وَطْئِها قبلَ عِلْمِها ، فلم يُوجَدْ منها ما يَدُلُّ على الرِّضَى ، فهو كما لو لم تُصَبْ . ولَنا ، ما تقدَّم من الحديث . ورَوَى مالكٌ [5] ، عن ابن شِهَابٍ ، عن عُرْوةَ ، أن مَوْلاةً لبَنِى عَدِىٍّ ، يُقال لها : زَبْراءُ ، أخْبَرَتْه أنَّها كانت تحتَ عبدٍ ، فعَتَقَتْ ، قالت : فأَرْسَلَتْ إلىَّ حَفْصةُ ، فدَعَتْنِى ، فقالت : إنَّ أَمْرَكِ بيَدِكِ ما لم يَمَسَّكِ زَوْجُكِ ، فإن مَسَّكِ ، فليس لك من الأمرِ شىءٌ . فقلتُ : هو الطَّلاقُ ، ثم الطَّلاقُ [ثم الطَّلاقُ] [6] . ففارَقَتْه ثَلاثًا . وقال مالكٌ [7] ، عن نافعٍ ، عن ابن عمرَ : إنَّ لها الخِيارَ ما لم يَمَسَّها . ولأنَّه خِيارُ عَيْبٍ ، فيَسْقُطُ [8] بالتَّصرُّفِ فيه مع الجَهالةِ ، كخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ولا تَفْرِيعَ على هذا القولِ ، فأمَّا على القولِ [9] الآخَرِ ، فإذا وَطِئَها ، وادَّعَتِ الجَهالةَ بالعِتْقِ ، وهى ممَّن يجوزُ خَفاءُ ذلك عليها ، مثل أن يَعْتِقَها سَيِّدُها فى بَلَدٍ آخرَ ، فالقولُ قولُها مع يَمِينِها ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ ذلك . وإن كانت ممَّن لا يَخْفَى ذلك عليها ، لكَوْنِهما [10] فى بلدٍ واحدٍ ، وقد اشْتَهَرَ ذلك ، لم يُقْبَلْ قولُها ؛ لأنَّه خِلافُ الظاهرِ . وإن عَلِمَتِ العِتْقَ ، وادَّعَتِ الجهالةَ بثُبُوتِ الخِيارِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ ذلك

(4 - 4) سقط من : ب . نقل نظر .

(5) فى : باب ما جاء فى الخيار ، من كتاب الطلاق . الموطأ 2 / 563 .

(6) تكملة من الموطأ .

(7) فى الباب نفسه . الموطأ 2 / 562 .

(8) فى ب : « فيسقطه » .

(9) سقط من : الأصل .

(10) فى النسخ : « لكونها » .

لا يَعْلَمُه إلَّا خَوَاصُّ الناسِ ، فالظَّاهِرُ[11] صِدْقُها فيه . وللشافعيِّ في قَبُولِ قَوْلِها في ذلك قَوْلان .

فصل : فإن عَتَقَ العَبْدُ والأَمَةُ دَفْعَةً واحدةً ، فلا خِيارَ لها ، والنكاحُ بحالِه ، سواءٌ أَعْتَقَهُما[12] رَجُلٌ واحدٌ أو رَجُلانِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وعنه : لها الخِيارُ . والأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ الطارِئَةَ بعدَ عِتْقِها تَمْنَعُ الفَسْخَ ، فالمُقارِنَةُ أَوْلَى ، كإسْلامِ الزَّوْجَيْنِ . وعن أحمدَ : إن[13] عَتَقَا معًا انْفَسخَ النكاحُ . ومَعْناه – واللهُ أعلم – أنَّه إذا وَهَبَ لعَبْدِه[14] سُرِّيَّةً ، وأَذِنَ له في التَّسَرِّى بها ، ثم أَعْتَقَهُما جميعًا ، صارا حُرَّيْنِ ، وخَرَجَتْ عن مِلْكِ العَبْدِ ، فلم يَكُنْ له إصابَتُها إلَّا بِنِكاحٍ جَدِيدٍ . هكذا رَوَى جماعةٌ من أصحابِه ، في مَن وَهَبَ لعَبْدِه سُرِّيَّةً ، أو اشْتَرَى له سُرِّيَّةً ، ثم أَعْتَقَهُما[15] ، لا يَقْرَبُها إلَّا بنكاحٍ جديدٍ . واحتجَّ أحمدُ على ذلك ، بما رَوَى نافعٌ ، عن ابن عمرَ ، أنَّ عبدًا له كان له سُرِّيَّتانِ ، فأَعْتَقَهُما وأعْتَقَه[16] ، فنَهاه أن يَقْرَبَهُما إلَّا بنكاحٍ جديدٍ[17] . ولأنَّها بإعْتاقِها خَرَجَتْ عن أن تكونَ مملوكةً ، فلم يُبَحْ له[18] التَّسَرِّى بها ، كالحُرَّةِ الأَصْلِيَّةِ . وأمَّا إذا كانت امرأتَه ، فعَتَقَا ، لم يَنْفَسِخْ نِكاحُه بذلك ؛ لأنَّه إذا لم يَنْفَسِخْ بإعْتاقِها وحْدَها . فلأَنْ لا يَنْفَسِخَ بإعْتاقِهِما معًا أَوْلَى . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ إنَّما أراد بقولِه : انْفَسَخَ نِكاحُهما[19] . أنَّ لها فَسْخَ[20] النكاحِ . وهذا تخريجٌ على الرِّوايةِ التى تقولُ بأنَّ لها

---

(11) في الأصل ، ب : « والظاهر » .
(12) في م : « أعتقها » .
(13) في م : « إذا » .
(14) في م : « العبد » .
(15) في الأصل ، ا ، م : « أعتقها » .
(16) سقط من : الأصل ، م .
(17) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب استسرار العبد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢١٥ .
(18) سقط من : الأصل .
(19) في : الأصل ، م : « نكاحها » . وتقدم في قول أحمد : « النكاح » .
(20) في الأصل : « أن تفسخ » .

الفَسْخَ إذا كان زَوْجُها حُرًّا (٢١) قبلَ العِتْقِ (٢١)

فصل : ويُسْتَحَبُّ لمَنْ له عَبْدٌ وأَمَةٌ متزوِّجان ، فأراد عِتْقَهُما ، البدايةُ بالرَّجُلِ ؛ لئلَّا يَثْبُتَ للمرأةِ خِيارٌ عليه فيُفْسَخَ[٢٢] نِكاحُه . وقد رَوَى أبو داودَ[٢٣] ، والأَثْرَمُ ، بإسْنادِهما عن عائشةَ ، أنَّه كان لها غُلامٌ وجارِيةٌ ، فتزَوَّجا ، فقالت للنَّبِيِّ ﷺ : إنِّي أُرِيدُ أن أعْتِقَهُما . فقال لها : « فَابْدئِي بالرَّجُلِ قَبْلَ الْمَرْأَةِ » . وعن صَفِيَّةَ بنت أبي عُبَيْدٍ ، أنَّها فَعَلَتْ ذلك ، وقالت للرجلِ : إنِّي (٢٤) بَدَأْتُ بعَتْقِكَ لئلَّا يكونَ لها عليكَ خِيارٌ (٢٤)[٢٥] .

فصل : إذا عَتَقَتِ المَجْنُونةُ والصغيرةُ ، فلا خِيارَ لهما في الحالِ ؛ لأنَّه لا عَقْلَ لهما ، ولا قولَ مُعْتَبَرٌ ، ولا يَمْلِكُ وَلِيُّهُما الاختيارَ عنهما ؛ لأنَّ هذا / طريقُه الشَّهْوَةُ ، فلا يَدْخُلُ تحت الوِلايةِ كالاقْتِصاصِ . فإذا بَلَغَتِ الصغيرةُ ، وعَقَلَتِ المجنونةُ ، فلهما الخِيارُ حينئذٍ ؛ لكونِهما صارَتا على صِفَةٍ لكلٍّ منهما حُكْمٌ ، وهذا الحكمُ فيما لو كان بزَوْجَيْهِما عَيْبٌ يُوجِبُ الفَسْخَ ، فإن كان زَوْجاهُما قد وَطِئاهُما ، فظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه لا خِيارَ لهما ، لأنَّ مُدَّةَ الخِيارِ انقضَتْ . وعلى قولِ القاضي وأصحابِه : لهما الخِيارُ ؛ لأنَّه لا رَأْيَ لهما ، فلا يكونُ تَمْكِينُهما من الوَطْءِ دَلِيلًا على الرِّضَى ، بخلافِ الكبيرةِ العاقلةِ ، ولا يُمْنَعُ زَوْجاهُما من وَطْئِهِما .

٩٦/٧ ظ

١١٨٥ – مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتْ لِنَفْسَيْنِ ، فأَعْتَقَ أحَدُهُمَا ، فَلَا[١] خِيَارَ لَهَا ، إِذَا كَانَ الْمُعْتِقُ مُعْسِرًا)

(٢١ – ٢١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٢) في ب : « فينفسخ » .

(٢٣) أخرجه أبو داود ، في : باب في المملوكين يعتقان معا هل تخير امرأته ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥١٨ .

(٢٤) سقط من : ا ، ب .

(٢٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب الأمة تعتق عند الحر ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٥٥ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الأمة تعتق ولها زوج حر ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢١٠ ، ٢١١ .

(١) في م : « بلا » .

إنما شرطَ الإعسارُ فى المُعْتِقِ ؛ لأنَّ المُوسرَ يَسْرِى عِتْقُه إلى جَمِيعِها ، فتَصِيرُ حُرَّةً ، ويَثْبُتُ لها الخِيارُ ، والمُعْسِرُ لا يَسْرِى عِتْقُه ، بل يَعْتِقُ منها ما أَعْتَقَ ، وباقِيها رَقِيقٌ ، فلا تَكْمُلُ حُرِّيَّتُها ، فلا يَثْبُتُ لها الخِيارُ حينئذٍ . وهذا قولُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّ لها الخِيارَ . حكاها أبو بكرٍ ، واختارَها ؛ لأنَّها أكْمَلُ منه ، فإنَّها تَرِثُ ، وتُورَثُ ، وتَحْجُبُ بقَدْرِ ما فيها من الحُرِّيَّةِ . ووجهُ قولِ الْخِرَقِىِّ ، أنَّه لا نَصَّ فى المُعْتَقِ بَعْضُها ، ولا هى فى معنى الحُرَّةِ الْكاملةِ ؛ لأنَّها كاملةُ الأحْكامِ ، وأيضا ما عَلَّلَ به أحمدُ ، وهو أنَّ العَقْدَ صَحِيحٌ ، فلا يُفْسَخُ بالمُخْتَلَفِ فيه ، وهذه مُخْتَلَفٌ فيها .

فصل : ولو زَوَّجَ أَمَةً قِيمَتُها عَشرةٌ بصَداقٍ عِشْرِينَ ، ثم أَعْتَقَها فى مَرَضِه بعدَ الدخولِ بها ، ثم مات ، ولا يَمْلِكُ غيرَها (٢ وغيرَ مَهْرِها ٢) بعدَ اسْتِيفائِه ، عَتَقَتْ ؛ لأنَّها تَخْرُجُ من الثُّلُثِ ، ولها الخِيارُ . وإن لم تكُنْ قَبَضَتْه ، عَتَقَ ثُلُثُها فى الحالِ . وفى الخيارِ لها وَجْهان ، فكلَّما اقْتُضِىَ من مَهْرِها شىءٌ عَتَقَ منها بقَدْرِ ثُلُثِه ، فإذا اسْتُوفِىَ كلُّه عَتَقَتْ كلُّها ، ولها الخِيارُ حينئذٍ عندَ مَنْ لم يُثْبِتْ لها الخِيارَ قبلَ ذلك . فإن كان زَوْجُها قد وَطِئها قبلَ اسْتِيفاءِ مَهْرِها ، فقد بَطَلَ خِيارُها عندَ مَنْ جَعَلَ لها الخِيارَ حينئذٍ ؛ لأنَّها أسْقَطَتْه بتَمْكِينِه من وَطْئِها . وعلى قولِ الْخِرَقِىِّ ، لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّها مَكَّنَتْ منه قبلَ ثُبوتِ الخِيارِ لها ، فأشْبَهَ مالو مَكَّنَتْ منه قبلَ عِتْقِها . فأمَّا إن عَتَقَتْ قبلَ الدُّخولِ بها ، فلا خِيارَ لها ، على قولِ الْخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ فَسْخَها النكاحَ[3] يَسْقُطُ به صَدَاقُها ، فيَعْجِزُ الثُّلُثُ عن كمالِ قِيمَتِها ، فيَرِقُّ ثُلُثاها ، ويَسْقُطُ خِيارُها ، فيُفْضِى إثباتُ الخِيارِ لها إلى إسْقاطِه ، فيَسْقُطُ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وعند أبى بكرٍ ، لها الخِيارُ . فعلى قولِ مَنْ أوْجَبَ لسيِّدها نِصفَ المَهْرِ ، فإذا اسْتُوفِىَ عَتَقَ ثُلُثاها ، وعلى قولِ مَنْ أسْقَطه ، يَعْتِقُ ثُلُثُها .

(٢ – ٢) فى الأصل : « ومهر غيرها » .

(٣) فى الأصل : « للنكاح » .

٩٧/٧و **١١٨٦ – مسألة ؛ قال : (فَإِنِ اخْتَارَتِ الْمُقَامَ مَعَهُ قَبْلَ / الدُّخُولِ ، أَوْ بَعْدَهُ ، فَالْمَهْرُ لِلسَّيِّدِ ، وَإِنِ اخْتَارَتْ فِرَاقَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ، وإِنِ اخْتَارَتْهُ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَالمَهْرُ للسَّيِّدِ)**

وجملتُه أنَّ المُعْتَقَةَ إن اختارتِ المُقامَ مع زَوْجِها[1] قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه أو اخْتارتِ الفَسْخَ بعدَ الدُّخولِ ، فالمَهْرُ واجبٌ ؛ لأنَّه واجبٌ بالعقدِ ، فإذا اخْتارتِ المُقامَ ، فلم يُوجَدْ له مُسْقِطٌ ، وإن فَسَخَتْ بعدَ الدُّخولِ ، فقد اسْتَقَرَّ بالدُّخولِ ، فلم يَسْقُطْ بشيءٍ ، وهو للسَّيِّدِ فى الحالَيْنِ ؛ لأنَّه وَجَبَ بالعَقْدِ فى مِلْكِه ، والواجِبُ المُسَمَّى فى الحالَيْنِ ، سواءٌ كان الدُّخولُ قبلَ العِتْقِ أو بعدَه . وقال أصحابُ الشافعيِّ : إن كان الدُّخولُ قبلَ العِتْقِ[2] ، فالواجبُ المُسَمَّى ، وإن كان بعدَه ، فالواجبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ الفَسْخَ اسْتَنَدَ إلى حالةِ العِتْقِ ، فصار الوَطْءُ فى نِكاحٍ فاسِدٍ . ولَنا ، أنَّه عقدٌ صحيحٌ ، فيه مُسَمًّى صحيحٌ ، اتَّصَلَ به الدُّخُولُ قبلَ الفَسْخِ ، فأَوْجَبَ المُسَمَّى ، كما لو لم يُفْسَخْ ، ولأنَّه لو وَجَبَ بالوَطْءِ بعدَ الفَسْخِ ، لَكان المَهْرُ لها ؛ لأنَّها حُرَّةٌ حينئذٍ . وقولُهم : إنَّ الوَطْءَ فى نكاحٍ فاسِدٍ . غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّه كان صحيحًا ، ولم يُوجَدْ ما يُفْسِدُه ، ويَثْبُتُ فيه أحكامُ الوَطْءِ فى النِّكاحِ الصحيحِ ، من الإحْلالِ للزَّوْجِ الأوَّلِ ، والإحْصانِ ، وكونِه حَلالًا[3] . وأمَّا إن اخْتارتِ الفَسْخَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو مذهبُ الشافعيِّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخرَى ، للسَّيِّدِ نِصْفُ المَهْرِ ؛ لأنَّه وَجَبَ للسَّيِّدِ ، فلا يَسْقُطُ بفِعْلِ غيرِه . ولَنا ، أنَّ الفُرْقَةَ جاءت من قِبَلِها ، فسَقَطَ[4] مَهْرُها ، كما لو أسْلَمَتْ ، أو ارْتَدَّتْ ، أو أرْضَعَتْ مَنْ يَفْسَخُ نِكاحَها رَضاعُه . وقولُه : وَجَبَ للسَّيِّدِ . قُلْنا : لكن بواسِطَتِها ، ولهذا سَقَطَ نِصْفُه بفَسْخِها ، وجَميعُه بإسْلامِها ورِدَّتِها .

---

(١) فى م : « الزوج » .

(٢) فى أ ، م زيادة : « أو بعده » .

(٣) فى الأصل : « حلا » .

(٤) فى ب : « فيسقط » .

فصل : ولو كانت مُفوَّضَةً ، ففُرِضَ لها مَهْرُ المِثْلِ ، فهو للسَّيِّدِ أيضا ؛ لأنَّه وَجَبَ بالعَقْدِ فى مِلْكِه لا بالفَرْضِ . وكذلك لو ماتَ أحَدُهما ، وَجَبَ ، والموتُ لا يُوجِبُ ، فدَلَّ على أنَّه وَجَبَ بالعَقْدِ . وإن كان الفَسْخُ قبلَ الدُّخولِ والفَرْضِ ، فلا شىءَ ، إلَّا على الرِّوايةِ الأُخْرَى ، يَنْبَغِى أن تَجِبَ المُتْعةُ ؛ لأنَّها تجِبُ بالفُرْقةِ قبلَ الدُّخولِ فى مَوْضِعٍ لو كان مُسَمًّى وَجَبَ نِصْفُه .

فصل : فإن طَلَّقَها طَلاقًا بائِنًا[٥] ، ثم أُعْتِقَتْ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ إنَّما يكونُ فى نكاحٍ ، ولا نِكاحَ هٰهُنا . وإن كان رَجْعِيًّا ، فلها الخِيارُ فى العِدَّةِ ؛ لأنَّ نِكاحَها باقٍ ، فيُمْكِنُ فَسْخُه ، ولها فى الفَسْخِ فائدةٌ ؛ لأنَّها[٦] لا تأْمَنُ رَجْعَتَه [٧]لها فى آخِرِ عِدَّتِها ، فتَحْتاجُ / إلى اسْتِئنافِ عِدَّةٍ أُخْرَى إذا فَسَخَتْ ، فإذا فَسَخَتِ انْقَطَعَتِ الرَّجْعةُ ، وثَبَتَتْ على ما مَضَى مِن عِدَّةِ الطَّلاقِ ، ولا تَحْتاجُ إلى اسْتِئْنافِ عِدَّةٍ ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ من الطَّلاقِ[٧] إذا لم يَفْسَخْ . فإن قيل : فيَفْسَخُ حينئذٍ ؟ قلنا : إذًا تحتاجُ إلى عِدَّةٍ أُخْرَى . وإذا فَسَخَتْ فى عِدَّتِها ، ثَبَتَتْ على ما مَضَى من عِدَّتِها ، ولم تَحْتَجْ إلى عِدَّةٍ أُخْرَى ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ من الطَّلاقِ ، والفَسْخُ لا يُنافِيها ولا يَقْطَعُها ، فهو كما لو طَلَّقَها طلقةً أُخْرَى ، ويَنْبَنِى على عِدَّةِ حُرَّةٍ ؛ لأنَّها عَتَقَتْ فى أثْناءِ العِدَّةِ وهى رَجْعِيَّةٌ . فإن اختارتِ المُقامَ ، بَطَلَ خِيارُها . وقال الشافعىُّ : لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّها اخْتارتِ المُقامَ مع جَرَيانِها إلى البَيْنُونةِ ، وذلك يُنافِى اخْتِيارَ الْمُقامِ . ولَنا ، أنَّها حالةٌ يَصِحُّ فيها اخْتِيارُ الفَسْخِ ، فصَحَّ اخْتِيارُ الْمُقامِ ، كصُلْبِ النِّكاحِ . وإن لم تَخْتَرْ شيئًا ، لم يَسْقُطْ خِيارُها ؛ لأنَّه على التَّراخِى ، ولأنَّ سُكُوتَها لا يَدُلُّ على رِضاها ؛ لِاحْتِمالِ[٨] أنَّه كان لجَرَيانِها إلى البَيْنُونةِ[٩] ، اكْتِفاءً منها

٩٧/٧ ظ

---

(٥) فى الأصل : « بتاتا » .

(٦) فى ا ، ب ، م : « فإنها » .

(٧ - ٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨) فى الأصل : « لاحتماله » .

(٩) فى ا ، ب ، م : « بينونة » .

بذلك . فإن ارْتَجعها ، فلها الفَسْخُ حينئذٍ ، فإن فَسَخَتْ ، ثم عاد فتزوَّجَها ، بَقِيَتْ معه بطَلْقةٍ واحدةٍ ؛ لأنَّ طلاقَ العَبْدِ اثْنَتانِ . وإن تَزَوَّجَها بعدَ أن أُعْتِقَ ، رَجَعَتْ معه[10] على طَلْقَتَيْنِ ؛ لأنَّه صار حُرًّا ، فمَلَكَ ثلاثَ طَلقاتٍ ، كسائرِ الأَحْرارِ .

فصل : فإن طَلَّقها بعدَ عِتْقِها ، وقبلَ اخْتِيارِها[11] ، أو طَلَّقَ الصغيرةَ والمجنونةَ بعد العِتْقِ ، وَقَعَ طَلاقُه ، وبَطَلَ خِيارُها ؛ لأنَّه طَلاقٌ من زَوْجٍ جائزِ التَّصرُّفِ ، فى نكاحٍ صحيحٍ ، فنَفَذَ[12] كما لو لم يَعْتِقْ . وقال القاضى : طَلَاقُه موقوفٌ ، فإن اخْتارتِ الفَسْخَ لم يَقَعِ الطلاقُ[13] ؛ لأنَّ طَلاقَه يتضَمَّنُ إبطالَ حَقِّها من الخِيارِ ، وإن لم تَخْتَرْ وَقَعَ . وللشافعىِّ قَوْلان ، كهٰذَيْنِ الوَجْهينِ . وبَنَوا عَدَمَ الوُقوعِ على أنَّ الفَسْخَ اسْتَنَدَ إلى حالةِ العِتْقِ ، فيكونُ الطلاقُ واقِعًا فى نكاحٍ مَفْسُوخٍ . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ من زَوْجٍ مُكَلَّفٍ مُخْتارٍ ، فى نكاحٍ صحيحٍ ، فوَقَعَ ، كما لو طَلَّقها قبلَ عِتْقِها ، أو كما لو لم تَخْتَرْ ، وقد ذَكَرْنا أنَّ الفَسْخَ يُوجِبُ الفُرْقةَ [14]من حِينِه[14] ، ولا يجوزُ تقديمُ الفُرْقةِ عليه ، [15]إذِ الحكمُ[15] لا يتَقَدَّمُ سَبَبَه ، ولأنَّ العِدَّةَ تُبْتَدَأُ[16] من حينِ الفَسْخِ ، لا من حينِ العِتْقِ ، وما سَبَقَه من الوَطْءِ وَطْءٌ فى نكاحٍ صحيحٍ ، يُثْبِتُ الإِحْصانَ والإِحْلالَ للزَّوْجِ الأَوَّلِ ، ولو كان الفَسْخُ سابقًا عليه لَانْعَكَسَتِ الحالُ . وقولُ القاضى : إنه يُبْطِلُ حَقَّها من الفَسْخِ . غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ الطلاقَ يَحْصُلُ به مَقْصُودُ الفَسْخِ ، مع[17] زِيادةِ وُجُوبِ نِصْفِ المَهْرِ ، وتَقْصِيرِ العِدَّةِ عليها ، فإنَّ / ابْتِداءَها من حينِ طَلاقِه ، لا من حينِ ٩٨/٧و

---

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) فى ا ، ب : « الاختيار » .

(١٢) فى ب : « فينفذ » .

(١٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٤ - ١٤) فى م : « حينئذ » .

(١٥ - ١٥) فى م : « والحكم » .

(١٦) فى ا : « تبدأ » .

(١٧) فى م : « من » .

فَسْخِه ، ثم لو كان مُبْطِلًا لحَقِّها ، لم يَقَعْ وإن لم تَخْتَرِ الفَسْخَ ، كما لم يَصِحَّ تَصَرُّفُ المُشْتَرِى فى المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، سواءٌ فَسَخَ البائعُ أو لم يَفْسَخْ . وهذا فيما إذا كان الطلاقُ بائِنًا ، فإن كان رَجْعِيًّا ، لم يَسْقُطْ خِيارُها ، على ما ذَكَرْنا فى الفصلِ الذى[18] قبلَ هذا ، فعلى قَوْلِهِم : إذا طَلَّقَها[19] قبلَ الدُّخولِ ، ثم اخْتارتِ الفَسْخَ ، سَقَطَ مَهْرُها ؛ لأَنَّها بانَتْ بالفَسْخِ ، وإن لم يَفْسَخْ ، فلها نِصْفُ الصَّداقِ ؛ لأَنَّها بانَتْ بالطَّلاقِ . [20]وهكذا لو ارْتَدَّتْ أو أَسْلَمتِ الكافرةُ[20] .

فصل : وللمُعْتَقَةِ الفَسْخُ من غيرِ حُكْمِ حاكِمٍ ؛ لأَنَّه مُجْمَعٌ عليه ، غيرُ مُجْتَهَدٍ فيه ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حاكِمٍ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ فى المَبِيعِ ، بخلافِ [21]خِيارِ العَيْبِ[21] فى النكاحِ ، فإنَّه مُجْتَهَدٌ فيه ، فافْتَقَرَ إلى حُكْمِ الحاكِمِ ، كالفَسْخِ للإِعْسارِ .

فصل : وإذا اخْتارتِ المُعْتَقةُ الفِراقَ ، كان فَسْخًا [22]ليس بطَلاقٍ[22] . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والثَّوْرِىُّ ، والحسنُ ابن حَىٍّ ، والشافعىُّ . وذَهَبَ مالكٌ ، والأَوْزاعىُّ ، واللَّيْثُ ، إلى أنَّه طَلَاقٌ بائِنٌ . قال مالكٌ : إلَّا أن تُطَلِّقَ نَفْسَها ثلاثًا ، فَتَطْلُقَ ثَلاثًا . واحْتَجَّ له بِقِصَّةِ زَبْراءَ حين طَلَّقَتْ نَفْسَها ثلاثًا[23] ، فلم يَبْلُغْنا أنَّ أحدًا من الصَّحابةِ أَنْكَرَ ذلك ، ولأَنَّها تَملِكُ الفِراقَ ، فمَلكتِ الطَّلاقَ كالرَّجُلِ . ولَنا ، قولُه ﷺ : « الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بالسَّاقِ »[24] . ولأَنَّها فُرْقةٌ من قِبَلِ الزَّوْجةِ ، فكانت فَسْخًا ، كما لو اخْتَلَفَ دِينُهُما ، أو أَرْضَعَتْ مَنْ يُفْسَخُ نِكاحُها بِرَضاعِه ، وفِعْلُ زَبْراءَ ليس بحُجَّةٍ ، ولم يَثْبُت انْتِشارُه فى الصَّحابةِ . فعلى هذا ، لو قالتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِى ، أو فَسَخْتُ

---

(18) سقط من : ب .

(19) فى الأصل : « طلقت » .

(20 – 20) سقط من : ا ، ب ، م .

(21 – 21) فى م : « الفسخ » .

(22 – 22) فى ا : « بلا طلاق » .

(23) تقدم تخريجها فى صفحة 72 .

(24) تقدم تخريجه فى : 9 / 421 .

النكاحَ . انْفَسَخَ . ولو قالتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِى . ونَوَتِ المُفارقةَ ، كان كِنايةً عن الفَسْخِ ؛ لأنَّه يُؤدِّى[٢٥] مَعْناه ، فصارَ[٢٦] كِنايةً عنه ، كالكِنايةِ بالفَسْخِ عن الطَّلاقِ .

فصل : وإن عَتَقَ زَوْجُ الأَمَةِ ، لم يَثْبُتْ له خِيارٌ ؛ لأنَّ عَدَمَ الكَمالِ فى الزَّوْجةِ لا يُؤثِّرُ فى النِّكاحِ ، ولذلك[٢٧] لا تُعْتَبَرُ الكفاءةُ إلَّا فى الرَّجُلِ دُونَ المرأةِ . ولو تَزَوَّجَ امرأةً مُطْلَقًا ، فبانَتْ أَمَةً ، لم يَثْبُتْ له خِيارٌ . ولو تزوَّجَتِ المرأةُ رَجُلًا مُطْلَقًا ، فبان عَبْدًا كان لها الخِيارُ ، وكذلك فى الاسْتِدامةِ ، لكن إن عَتَقَ[٢٨] ووَجَدَ الطَّوْلَ لِحُرَّةٍ ، فهل يَبْطُلُ نِكاحُه ؟ على وَجْهينِ ، تقدَّم ذكرُهما .

فصل : وإذا عَتَقَتِ الأَمَةُ ، فقالت لِزَوْجِها : زِدْنِى[٢٩] فى مَهْرِى . ففَعَلَ ، فالزِّيادةُ لها دون سَيِّدِها ، سواءٌ كان زَوْجُها حُرًّا أو عبدًا ، وسواءٌ عَتَقَ / معها ، أو لم يَعْتِقْ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فيم إذا زَوَّجَ عَبْدَه من أَمَتِه ثم عَتَقَا[٣٠] جميعا ، فقالتِ الأَمَةُ : زِدْنِى فى مَهْرِى . فالزيادةُ للأَمَةِ لا للسَّيِّدِ . فقيل : أرَأيْتَ إن كان الزوجُ لغيرِ السَّيِّدِ ، لمن تَكونُ الزِّيادةُ ؟ قال : للأَمَةِ . وعلى قياسِ هذا ، لو زَوَّجَها سَيِّدُها ، ثم باعَها ، فزادَها زَوْجُها فى مَهْرِها ، فالزيادةُ للثانى . وقال القاضى : الزِّيادةُ للسَّيِّدِ المُعْتِقِ فى المَوْضِعَيْنِ ، على قياسِ المَذْهَبِ ؛ لأنَّ مِن أصْلِنا أنَّ الزِّيادةَ فى الصَّداقِ تَلْحَقُ بالعَقْدِ الأوَّلِ ، فتكونُ كالمذكورةِ فيه . والذى قُلْناه أصَحُّ ؛ لأنَّ المِلْكَ فى الزِّيادةِ إنما ثَبَتَ[٣١] حالَ وُجُودِها ، بعدَ زَوَالِ مِلْكِ سَيِّدِها عنها ، فيكونُ لها ، ككَسْبِها والمَوْهُوبِ لها . وقولُنا : إن الزِّيادةَ تَلْحَقُ بالعَقْدِ . معناه أنَّها تَلْزَمُ ويَثْبُتُ المِلْكُ فيها ، ويَصِيرُ الجَمِيعُ صَدَاقًا ، وليس معناه

٩٨/٧ ظ

---

(٢٥) فى م زيادة : « إلى » .

(٢٦) فى ب : « فيصلح » . وفى م : « فصح » .

(٢٧) فى ا ، ب ، م : « وكذلك » .

(٢٨) فى ا ، م : « أعتق » .

(٢٩) فى الأصل : « زد » .

(٣٠) فى ا ، ب ، م : « أعتقا » .

(٣١) فى الأصل : « يثبت » .

أَنَّا تَبَيَّنَّا أنَّ المِلْكَ كان ثابتًا فيها ، وكان لِسَيِّدِها ، فإنَّ هذا مُحالٌ ، ولأنَّ سَبَبَ مِلْكِ هذه الزيادةِ وُجِدَ بعدَ العِتْقِ ، فلا يجوزُ أن يَتَقَدَّمَ المِلْكُ عليه ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى تقَدُّمِ[٣٢] الحُكْمِ قبل سَبَبِه ، ولو كان المِلْكُ ثابتًا للمُعْتِقِ فيه حين التَّزويج لَلَزِمَتْهُ زَكاتُه ، وكان له نَماؤُه . وهذا أظْهَرُ من أن نُطِيلَ فيه .

---

(٣٢) فى ب : « تقديم » .

باب أَجَلِ العِنِّينِ والخَصِيِّ غيرِ المَجْبُوبِ

العِنِّينُ : هو العاجزُ عن الإيلاجِ . وهو مَأْخُوذٌ من عَنَّ . أى : اعْتَرَضَ ؛ لأَنَّ ذَكَرَهُ يَعِنُّ إذا أَرادَ إِيلاجَه ، أى يَعْتَرِضُ ، والعَنَنُ الاعْتِراضُ . وقيل : لأَنَّه يَعِنُّ لِقُبُلِ المَرْأةِ[1] عن يَمينِه وشِمالِه ، فلا يَقْصِدُه . فإذا كان الرجلُ كذلك فهو عَيْبٌ به ، ويُسْتَحَقُّ به فَسْخُ النِّكاحِ ، بعدَ أن تُضْرَبَ له مُدَّةٌ يُخْتَبَرُ فيها ، ويُعْلَمُ حالُه بها . وهذا قولُ عمرَ ، وعثمانَ ، وابنِ مسعودٍ ، والمُغِيرَةِ بن شُعْبَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال سعيدُ بن المُسَيَّبِ ، وعطاءٌ ، وعَمْرُو بن دِينارٍ ، والنَّخَعِىُّ ، وقَتادةُ ، وحَمَّادُ بن أبى سُلَيمانَ . وعليه فَتْوَى فُقَهاءِ الأَمْصارِ ، منهم ؛ مالكٌ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزَاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وشَذَّ الحَكَمُ بن عُتَيْبَةَ ، وداودُ ، فقالا : لا يُؤَجَّلُ ، وهى امْرَأَتُه . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ؛ لأَنَّ امْرأةً أَتَتِ النبىَّ ﷺ ، فقالت : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ رِفاعةَ طَلَّقَنِى ، فبَتَّ طَلَاقِى ، فتزَوَّجْتُ بعبدِ الرحمنِ بن الزَّبِيْرِ ، وإنَّما له مثلُ هُدْبةِ الثَّوْبِ ، فقال : « تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِى إلى رِفَاعَةَ ؟ لَا حَتَّى تَذُوقِى عُسَيْلَتَهُ ، ويَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ »[2] . ولم يَضْرِبْ له مُدَّةً . ولَنا ، ما رُوِىَ أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أَجَّلَ العِنِّينَ سَنَةً . ورَوَى ذلك الدَّارَقُطْنِىُّ[3] ، بإسْنادِه عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، والمُغِيرةَ بن شُعْبَةَ . ولا مُخالِفَ لهم . ورَواه أبو حَفْصٍ عن علىٍّ . ولأَنَّه عَيْبٌ يَمْنَعُ الوَطْءَ ، فأَثْبَتَ الخِيارَ ، كالجَبِّ فى الرَّجُلِ ، والرَّتَقِ فى المرأةِ ، فأمَّا الخَبَرُ ، فلا

---

(1) فى الأصل زيادة : « من » .

(2) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٣ .

(3) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٣٠٦ ، ٣٠٧ . وابن أبى شيبة ، فى : باب كم يؤجل العنين ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

حُجّةَ لهم فيه ؛ فإنَّ المُدّةَ إنما تُضْرَبُ له مع اعْتِرافِه ، وطَلَبِ المرأةِ ذلك ، ولم يُوجَدْ واحدٌ منهما . وقد رُوِىَ أنَّ الرجلَ أنْكَرَ ذلك ، وقال : إنِّى لأَعْرُكُها عَرْكَ الأدِيمِ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : وقد صَحَّ أنَّ ذلك كان بعدَ طَلَاقِه ، فلا معنى لِضَرْبِ المُدَّةِ . وصَحَّحَ ذلك قولُ النَّبِىِّ ﷺ : « تُرِيدِينَ/أن تَرْجِعِى إلى رِفَاعَةَ » . ولو كان قبلَ طَلَاقِه لَما كان ذلك إليها . وقيل : إنها ذَكَرَتْ ضَعْفَه ، وشَبَّهَتْه بهُدْبةِ الثَّوْبِ مُبالغةً ، ولذلك قال النبىُّ ﷺ : « حَتَّى تَذُوقِى عُسَيْلَتَهُ » والعاجزُ عن الوَطْءِ لا يَحْصُلُ منه ذلك . ٧/٩٩و

١١٨٧ ــ مسألة ؛ قال : (**وَإذَا ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ أنَّ زَوْجَهَا عِنِّينٌ لَا يَصِلُ إلَيْهَا ، أُجِّلَ سَنَةً مُنْذُ تَرَافُعِهِ ، فَإنْ لَمْ يُصِبْها فِيهَا ، خُيِّرَتْ فِى الْمُقَامِ مَعَهُ أوْ فِرَاقِهِ . فإنِ اخْتَارَتْ فِرَاقَهُ ، كَانَ ذٰلِكَ فَسْخًا بِلَا طَلَاقٍ**)

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ إذا ادَّعَتْ عَجْزَ زَوْجِها عن وَطْئِها لِعُنَّةٍ ، سُئِلَ عن ذلك ، فإن أنْكَرَ والمرأةُ عَذْراءُ ، فالقولُ قولُها ، وإن كانت ثَيِّبًا ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . فى ظاهرِ المَذْهبِ ؛ لأنَّ هذا أمْرٌ[1] لا يُعْلَمُ إلَّا من جِهَتِه ، والأصْلُ السَّلامةُ . وقال القاضى : هل يُسْتَحْلَفُ أو لا ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على دَعْوَى الطَّلاقِ . فإن أقَرَّ بالعَجْزِ ، أو ثَبَتَ بَبيِّنةٍ على إقْرارِه به ، أو أنْكَرَ وطَلَبَتْ يَمِينَه فنَكَلَ ، ثَبَتَ عَجْزُه ، ويُؤَجَّلُ سَنَةً . فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ . وعن الحارثِ بن رَبِيعةَ[2] ، أنَّه أجَّلَ رَجُلًا عَشرةَ أشْهُرٍ . ولَنا ، قولُ مَنْ سَمَّيْنا من الصَّحابةِ ، ولأنَّ هذا العَجْزَ قد يكونُ لِعُنَّةٍ ، وقد يكونُ لِمَرَضٍ ، فضُرِبَتْ له سَنَةٌ لِتَمُرَّ به الفُصُولُ الأرْبعةُ ، فإن كان من يُبْسٍ زال فى فَصْلِ الرُّطُوبةِ ، وإن كان من رُطُوبةٍ زال فى فَصْلِ الحَرارةِ ، وإن كان من انْحِرافِ مِزَاجٍ زال فى فَصْلِ الاعْتِدالِ . فإذا مَضَتِ الفصولُ الأربعةُ ، واخْتَلَفَتْ عليه الأهْوِيةُ فلم تَزُلْ ، عُلِمَ أنَّه خِلْقةٌ . وحُكِىَ/عن ٧/٩٩ظ

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) لعله الحارث بن أبى ربيعة بن عبد الله بن أبى ربيعة المخزومى ، عامل ابن الزبير على البصرة ، ويلقب القباع . حدث عن عمر وعائشة وأم سلمة ومعاوية . انظر : أسد الغابة ١ / ٣٩١ ، ٣٩٢ ، سير أعلام النبلاء ٤ / ١٨١ .

أبى عُبَيْدٍ ، أنَّه قال : أهْلُ الطِّبِّ يقولون : الداءُ لا يَسْتَجِنُّ[٣] فى البَدَنِ أكثرَ من سَنَةٍ ، ثم يَظْهَرُ . وابتداءُ السَّنَةِ منذُ تَرَافُعِه . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : على هذا جماعةُ القائلينَ بتأْجيلِه . قال مَعْمَرٌ ، فى حديثِ عمرَ : «يُؤَجَّلُ سنةً»[٤] : من يومِ مُرَافَعَتِه ، فإذا انقضتِ المُدَّةُ فلم يَطَأْ ، فلها الخِيارُ ، فإن اختارتِ الفَسْخَ ، لم يَجُزْ إلَّا بحُكْمِ الحاكمِ[٥] ؛ لأنَّه مُخْتَلَفٌ فيه ، فإمَّا أن يَفْسَخَ ، [٦]وإمَّا أن يَرُدَّه[٦] إليها فتَفْسَخَ هى . فى قولِ عامَّةِ القائلينَ به . ولا يَفْسَخُ حتى تختارَ الفَسْخَ وتَطْلُبَه ؛ لأنَّه لحَقِّها ، فلا تُجْبَرُ على اسْتِيفائِه ، كالفَسْخِ للإِعْسارِ[٧] ، فإذا فَسَخَ[٨] فهو فَسْخٌ وليس بطَلاقٍ . وهذا قولُ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والثَّوْرِىُّ : يُفَرِّقُ الحاكمُ بينهما ، وتكونُ تَطْلِيقةً ؛ لأنَّها فُرْقَةٌ لعَدَمِ الوَطْءِ ، فكانت طَلاقًا ، كفُرْقَةِ المُولِى . ولَنا ، أنَّ هذا خِيارٌ ثَبَتَ لأجْلِ العَيْبِ ، فكان فَسْخًا ، كفَسْخِ المُشْتَرِى لأجْلِ العَيْبِ .

فصل : فإن اتَّفَقَا بعدَ الفُرْقةِ[٩] على الرَّجْعةِ ، لم يَجُزْ إلَّا بنِكاحٍ جديدٍ ؛ لأنَّها قد بانَتْ[١٠] ، وانْفَسَخَ النكاحُ . فإذا تَزَوَّجَها كانت عنده على طَلاقٍ ثَلاثٍ . نَصَّ عليه أحمدُ . وذَكَرَ أبو بكرٍ فيها قولًا ثانيًا ، أنَّهما لا يَجْتَمِعان أبدًا ؛ لأنَّها فُرْقَةٌ تَتَعَلَّقُ بحُكْمِ الحاكمِ ، فَحَرَّمَتِ النِّكاحَ[١١] ، كفُرْقَةِ اللِّعانِ . والمَذْهَبُ أنَّها تَحِلُّ له ؛ لأنَّها فُرْقَةٌ لأجْلِ العَيْبِ ، فلم تَمْنَعِ النكاحَ ، كفُرْقَةِ المُعْتَقَةِ ، والفُرْقَةِ فى[١٢] سائرِ العُيُوبِ .

---

(٣) فى ب : « يستحق » . وفى م : « يستمر » .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٢ .

(٥) فى الأصل : « حاكم » .

(٦ - ٦) فى الأصل : « أو يرده » .

(٧) فى م : « بالإعسار » .

(٨) فى الأصل : « انفسخ » .

(٩) فى ب : « الفسخ » .

(١٠) فى ا ، م : « بانت عنه » .

(١١) فى م : « للنكاح » .

(١٢) فى م : « من » .

وأمَّا فُرْقةُ اللِّعانِ فإنَّها حَصلَتْ[13] بلِعانِهما قبلَ تَفريقِ الحَاكِمِ، وهـٰهُنا بخِلافِه [14]، ولأنَّ اللِّعانَ يُحَرِّمُ المُقامَ على النِّكاحِ، فمَنَعَ ابْتِداءَه، ويُوجِبُ الفُرْقَةَ، فمنَعَ الاجْتماعَ، وهـٰهُنا بخِلافِه [14]. ولو رَضِيَتِ المرأةُ بالمُقامِ، أو لم[15] تَطْلُبِ الفَسْخَ، لم يَجُزِ الفَسْخُ، فكيف يَصِحُّ القِياسُ مع هذه الفُرُوقِ!

فصل: ومَنْ عُلِمَ أنَّ عَجْزَه عن الوَطْءِ لعارِضٍ؛ من صِغَرٍ، أو مَرَضٍ مَرْجُوٍّ الزَّوالِ، لم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ[16]؛ لأنَّ ذلك عارِضٌ يَزُولُ، والعُنَّةُ خِلْقَةٌ وجِبِلَّةٌ لا تَزُولُ. وإن كان لكِبَرٍ، أو مَرَضٍ لا يُرْجَى زَوالُه، ضُرِبَتْ له المدةُ؛ لأنَّه فى مَعْنَى من خُلِقَ كذلك. وإن كان لجَبٍّ، أو شَلَلٍ، ثَبَتَ الخيارُ فى الحالِ؛ لأنَّ الوَطْءَ مَيْؤُوسٌ منه فلا مَعْنَى لِانْتِظارِه. وإن كان قد بَقِىَ من الذَّكَرِ ما يُمْكِنُ الوَطْءُ به، فالأَوْلَى ضَرْبُ المُدَّةِ له؛ لأنَّه فى معنى العِنِّينِ خِلْقةً. وإن اخْتُلِفَ فى القَدْرِ الباقِى هل يُمْكِنُ الوَطْءُ بمِثْلِه[17] أو لا؟ رُجِعَ إلى أَهْلِ الخِبْرَةِ فى مَعْرِفَةِ ذلك.

فصل: فأمَّا الخَصِىُّ، فإنَّ الْخِرَقِىَّ ذَكَره فى تَرْجمةِ البابِ، ولم يُفْرِدْه[18] بحُكْمٍ، فظاهِرُ كلامِه أنَّه أَلْحَقَه بغيرِه، فى أنَّه متى لم يَصِلْ إليها أُجِّلَ، / وإن وَصَلَ إليها، فلا خِيارَ لها؛ لأنَّ الوَطْءَ مُمْكِنٌ، والاسْتِمْتاعَ حاصِلٌ بوَطْئِه. وقد قِيلَ: إن وَطْأَه أَكْثَرُ من وَطْءِ غيرِه؛ لأنَّه لا يُنْزِلُ فيَفْتُرُ بالإِنْزالِ. وقد ذَكَرْنا اختلافَ أصحابِنا فى ذلك فيما مَضَى. ولا فَرْقَ بين مَنْ قُطِعَتْ خُصْيَتاه والموجوءِ، وهو الذى رُضَّتْ خُصْيَتاه، والمَسْلُولِ الذى سُلَّتْ خُصْيَتاه، فإنَّ الحُكْمَ فى الجَمِيعِ واحدٌ؛ فإنَّه لا يُنْزِلُ، ولا يُولَدُ له.

٧/١٠٠و

---

(١٣) فى الأصل: «جعلت».

(١٤ - ١٤) سقط من: ب. نقل نظر.

(١٥) فى الأصل: «ولم».

(١٦) فى م: «المدة».

(١٧) فى ا، ب: «به».

(١٨) فى الأصل: «يفرقه».

١١٨٨ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَ : قَدْ عَلِمَتْ أَنِّى عِنِّينٌ قَبْلَ أَنْ أَنْكِحَهَا . فَإِنْ أَقَرَّتْ ، أو ثَبَتَ بِبَيِّنةٍ ، فَلَا يُؤَجَّلُ ، وَهِىَ امْرَأَتُهُ)

وجملةُ ذلك أنَّ المرأةَ إذا عَلِمَتْ عُنَّةَ الرَّجُلِ وَقْتَ العَقْدِ ، مثل أن يُعْلِمَها بعُنَّتِه ، أو تُضْرَبَ له المُدَّةُ وهى امْرَأَتُه ، فيَنْفَسِخَ[1] النِّكاحُ ، ثم يتزَوَّجُها ونحو ذلك ، لم تُضْرَبْ له المُدَّةُ[2] ، وهى امْرَأَتُه . فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ، منهم ؛ عطاءٌ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ القاسمِ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وهو قولُ الشافعىِّ[3] القديمُ . وقال فى الجَدِيدِ : يُؤَجَّلُ ؛ لأنَّه قد يكونُ عِنِّينًا فى نِكاحٍ دُونَ نِكاحٍ . ولَنا ، أنَّها رَضِيَتْ بالعَيْبِ ، ودَخَلَتْ فى العَقْدِ عالمةً به ، فلم يَثْبُتْ لها خِيارٌ ، كما لو عَلِمَتْه مَجْبُوبًا ، ولأنَّها لو رَضِيَتْ به بعدَ العَقْدِ أو [4]بعدَ المُدَّةِ[4] ، لم يكُنْ لها الفَسْخُ[5] ، فكذلك إذا رَضِيَتْ به فى العَقْدِ ، كسائرِ العُيُوبِ ، ولو أنَّها رَضِيَتْ بالمُقامِ معه ، ثم طَلَّقها ، ثم ارْتَجَعَها ، لم يَثْبُتْ لها[6] المطالبةُ ، كذا هٰهُنا . وقولُهم : إنَّها تكونُ فى نِكاحٍ دون نكاحٍ . احْتِمالٌ بعيدٌ ؛ فإنَّ العُنَّةَ جِبِلَّةٌ وخِلْقةٌ لا تتغَيَّرُ ظاهِرًا ، ولذلك ثَبَتَ لها الفَسْخُ بعدَ المُدَّةِ . فإن ادَّعَى عليها العِلْمَ بعُنَّتِه ، فأنْكَرَتْه ، فالقولُ قولُها مع يَمِينِها ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ العِلْمِ ، وإن أقَرَّتْ ، أو ثَبَتَتْ ببَيِّنةٍ ، ثَبَتَ نِكاحُها ، وبَطَلَ خِيارُها .

١١٨٩ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنْ عَلِمَتْ أَنَّهُ عِنِّينٌ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَسَكَتَتْ عَنِ الْمُطالَبَةِ ، ثُمَّ طَالَبَتْ بَعْدُ ، فَلَهَا ذٰلِكَ ، ويُؤَجَّلُ سَنَةً مِنْ يَوْمِ تُرَافِعُهُ)

لا نعلمُ فى هذا اخْتِلافًا[1] . وذلك لأنَّ سُكُوتَها بعدَ العَقْدِ ليس بدَليلٍ على الرِّضَى ؛

---

(١) فى ب : « فيفسخ » .

(٢) فى ب : « مدة » .

(٣) فى ا زيادة : « فى » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « بعده فى المدة » .

(٥) فى ا ، ب ، م : « فسخ » .

(٦) سقط من : الأصل .

(١) فى الأصل : « خلافا » .

لأنَّه زَمَنٌ لا تَمْلِكُ فيه الفَسْخَ ، ولا الامْتِناعَ من اسْتِمْتاعِه ، فلم يكُنْ سُكوتُها مُسْقِطًا لِحَقِّها ، كسُكُوتِها بعدَ ضَرْبِ المُدَّةِ وقبلَ انْقِضائِها . ولو سَكَتَتْ بعدَ المُدَّةِ ، لم يَبْطُلْ خِيارُها أيضا ؛ لأنَّ الخِيارَ لا يثبتُ إلَّا بعدَ رَفْعِه إلى الحاكمِ ، وثُبوتِ عَجْزِه ، فلا يَضُرُّ السُّكُوتُ قبلَه .

١١٩٠ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَالَتْ فِي وَقْتٍ مِنَ الْأَوْقَاتِ : قَدْ رَضِيتُ بِهِ عِنِّينًا . لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بَعْدُ)

/ وجملةُ الأمْرِ ، أنَّها متى رَضِيَتْ به عِنِّينًا ، بَطَلَ خِيارُها ، سواءٌ قالتْـهُ[1] عَقِيبَ العَقْدِ ، أو بعدَ ضَرْبِ المُدَّةِ ، أو بعدَ انْقِضائِها ، ولا نعلمُ في بُطْلانِ خِيارِها بقَوْلِها ذلك بعد انْقِضاءِ المُدَّةِ خلافًا ، فأما قبلَها فإن الشافعيَّ قال في الجديدِ : لا يَبْطُلُ خِيارُها ؛ لأنَّ حَقَّها في[2] الفَسْخِ إنَّما يَثْبُتُ بعدَ انْقِضاءِ المُدَّةِ ، فلم يَصِحَّ إسْقاطُه قبلَها ، كالشَّفِيعِ يُسْقِطُ حَقَّه قبلَ البَيْعِ. ولَنا ، أنَّها رَضِيَتْ بالعَيْبِ بعدَ العَقْدِ، فسَقَطَ خِيارُها، كسائرِ العُيُوبِ ، وكما بعدَ انْقِضاءِ المُدَّةِ . وما ذَكَرُوه غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ العُنَّةَ التي هي سَبَبُ الفَسْخِ مَوْجُودةٌ، وإنَّما المُدَّةُ لِيُعْلَمَ وُجُودُها، ويُتَحَقَّقَ عِلْمُها، فهي كالبَيِّنَةِ في سائرِ العُيُوبِ[3] . ويُفارِقُ الشُّفْعةَ ؛ فإنَّ سَبَبَها البَيْعُ ، ولم يُوجَدْ بعدُ . فإن قيل : فلو رَضِيَتِ المرأةُ بالإعْسارِ ، ثم اخْتارتِ الفَسْخَ ، مَلَكَتْه ، ولو آلَى منها ، فرَضِيَتْ بالمُقامِ معه ، ثم طالبَتْ بالعُنَّةِ ، كان لها ذلك ؟ قُلْنا : الفَرْقُ بينهما أنَّ النَّفقةَ يتجدَّدُ وُجُوبُها كلَّ يومٍ ، فإذا رَضِيَتْ بإسْقاطِ ما يَجبُ لها في المُسْتَقْبَلِ ، لم يَسْقُطْ ؛ لأنَّها أسْقطَتْه قبلَ وُجُوبِه ، فأشْبَهَ إسْقاطَ الشُّفْعةِ قبلَ البَيْعِ ، بخلافِ العَيْبِ ، ولأنَّ الإعْسارَ يَعْقُبُـه[4] اليَسارُ ،

٧/١٠٠ظ

---

(١) في ا ، ب ، م : « قالت » .

(٢) في الأصل ، ا : « من » .

(٣) في ب : « العقود » .

(٤) في الأصل ، ا ، ب : « يتعقبه » .

فتَرْضَى بالمُقامِ رَجاءَ ذلك ، وكذلك المُولِى يجوزُ أن يُكَفِّرَ عن يَمِينِه ، ويَطَأَ ، فإذا لم يُوجَدْ ذلك ، ثَبَتَ لها الخِيارُ ، فأمَّا العِنِّينُ إذا رَضِيَتْه ، فقد رَضِيَتْ بالعَجْزِ من[٥] طَرِيقِ الخِلْقةِ ، وهو مَعْنًى لا يَزُولُ فى العادةِ ، فافْتَرَقَا .

١١٩١ ـ مسألة ؛ قال : (وَإِنِ اعْتَرَفَتْ أنَّه قَدْ وَصَلَ إِلَيْهَا مَرَّةً ، بَطَلَ أنْ يَكُونَ عِنِّينًا)

أكثرُ أهلِ العلمِ على هذا ، يقولون : متى وَطِئَ امْرَأتَه مَرَّةً ، ثم ادَّعَتْ عَجْزَه ، لم تُسْمَعْ دَعْواها ، ولم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ ، منهم ؛ عَطاءٌ ، وطاوُس ، والحسنُ ، ويَحْيَى الأنصاريُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وعَمْرُو بن دِينارٍ ، وقَتادَةُ ، وابنُ هاشِمٍ ، ومالكٌ ، والأوْزَاعِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال أبو ثورٍ : إن[١] عَجَزَ عن وَطْئِها أُجِّلَ لها ؛ لأنَّه عَجَزَ عن وَطْئِها ، فثَبَتَ[٢] حَقُّها ، كما لو جُبَّ بعدَ الوَطْءِ . ولَنا ، أنَّه[٣] قد تَحَقَّقَتْ قُدْرَتُه على الوَطْءِ فى هذا النِّكاحِ ، وزَوَالُ عُنَّتِه ، فلم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ ، كما لو لم يَعجِزْ ، / ولأنَّ حُقُوقَ الزَّوْجِيَّةِ ، من اسْتِقْرارِ المَهْرِ والعِدَّةِ ، تَثْبُتُ بوَطْءٍ واحِدٍ ، وقد وُجِدَ . وأمَّا الجَبُّ ، فإنَّه يتحققُ به[٤] العَجْزُ فافْتَرَقا .

١٠١/٧و

فصل : والوَطْءُ الذى يَخْرُجُ به عن العُنَّةِ ، هو تَغْيِيبُ[٥] الحَشَفَةِ فى الفَرْجِ ؛ لأنَّ الأحْكامَ المُتَعَلِّقَةَ بالوَطْءِ تتعلَّقُ بتَغْيِيبِ الحَشَفَةِ ، فكان وَطْأً صَحِيحًا ، فإن كان الذَّكَرُ مَقْطُوعَ الحَشَفَةِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يَخْرُجُ عن العُنَّةِ إلَّا بتَغْيِيبِ جميعِ الباقِى ؛ لأنَّه لا حَدَّ هٰهُنا يُمْكِنُ اعْتِبارُه ، فاعْتُبِرَ تَغْيِيبُ[٥] جَمِيعِه ؛ لأنَّه المعنى الذى

---

(٥) فى م : « عن » .

(١) فى الأصل ، ب : « إذا » .

(٢) فى ا ، م : « فيثبت » .

(٣) فى الأصل : « أنها » .

(٤) فى ب : « بعد » .

(٥) فى ا ، م : « تغيب » .

يتحققُ به حُصُولُ حُكْمِ الوَطْءِ . والثانى ، يُعْتَبَرُ تَغْيِيبُ قَدْرِ الحَشَفةِ ، ليكونَ ما يُجْزِئُ من المَقْطُوعِ مثلَ ما يُجْزِئُ من الصحيحِ . وللشافعىِّ قَوْلان كهٰذَيْن .

فصل : ولا يخْرُجُ عن العُنَّةِ بالوَطْءِ فى الدُّبُرِ ؛ لأنَّه ليس بمَحَلٍّ للوَطْءِ ، فأشْبَهَ الوَطْءَ فيما دُونَ الفَرْجِ ، ولذلك لا يتعلَّقُ به الإِحْلالُ للزَّوْجِ الأَوَّلِ ، ولا الإِحْصانُ . وإن وَطِئَها فى القُبُلِ حائِضًا ، أو نُفَساءَ ، أو مُحْرِمَةً ، أو صائِمةً ، خرَجَ عن العُنَّةِ . وذكر القاضى أنَّ قِياسَ المَذْهَبِ أنْ لا يَخْرُجَ من العُنَّةِ ؛ لنَصِّ أحمدَ على أنَّه لا يَحْصُلُ به الإِحْصانُ والإِباحةُ للزَّوْجِ الأَوَّلِ ، ولأنَّه وَطْءٌ مُحَرَّمٌ ، أشْبَهَ الوَطْءَ فى الدُّبُرِ . ولَنا ، أنَّه وَطْءٌ فى مَحَلِّ الْوَطْءِ ، فخرَجَ به عن العُنَّةِ ، كما لو وَطِئَها وهى مَرِيضةٌ يَضُرُّها الوَطْءُ ، ولأنَّ العُنَّةَ العَجْزُ عن الوَطْءِ ، ولا يَبْقَى مع وُجُودِ الوَطْءِ ، فإنَّ العَجْزَ ضِدُّ القُدْرةِ ، فلا يَبْقَى مع وُجُودِ ضِدِّه ، وما ذكَرَه[6] غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ تلك أحكامٌ يجوزُ أن تَنْتَفِىَ[7] مع وُجُودِ سَبَبِها لمانِعٍ[8] ، أو لِفَوَاتِ[9] شَرْطٍ ، والعُنَّةُ فى نَفْسِها أمرٌ حقيقىٌّ ، لا يُتَصَوَّرُ بقاؤُه مع انْتِفائِه . فأمَّا الوَطْءُ فى الدُّبُرِ ، فليس بوَطْءٍ فى مَحَلِّه ، بخلافِ مسألَتِنا . وقد اختارَ ابنُ عقيلٍ أنَّه تَنْتَفِى به العُنَّةُ ؛ لأنَّه أصْعَبُ ، فمَن قَدَرَ عليه فهو على غيرِه أقْدَرُ .

فصل : وإن وَطِئَ امرأةً ، لم يخْرُجْ به عن العُنَّةِ فى حَقِّ غيرِها . واخْتار ابنُ عَقِيلٍ أنَّه يخْرُجُ عن العُنَّةِ فى حَقِّ جميعِ النِّساءِ ، فلا تُسْمَعُ دَعْواها عليه منها ولا من غيرِها . وهذا مُقْتَضَى قولِ أبى بكرٍ ، (10) وهو قَوْلُ (10) كلِّ مَنْ قال : إنَّه يُخْتَبَرُ بتَزْوِيجِ امرأةٍ أُخْرَى . وحُكِىَ[11] ذلك عن سَمُرَةَ ، وعمرَ[12] بن عبدِ العزيزِ . وذلك لأنَّ العُنَّةَ خِلْقةٌ وجِبِلَّةٌ لا تَتغيَّرُ بتغيُّرِ[13] / النِّساءِ ، فإذا انْتَفَتْ فى حَقِّ امرأةٍ ، لم تَبْقَ فى حَقِّ غيرِها . ولَنا ، أنَّ حُكْمَ ١٠١/٧ ظ

---

(6) فى الأصل ، م : « ذكروه » .

(7) فى ا ، م : « تبقى » .

(8) فى الأصل : « المانع » .

(9) فى الأصل ، ا ، ب : « فوات » .

(10 - 10) فى ا ، ب ، م : « وقول » .

(11) فى ا ، ب ، م : « ويحكى » .

(12) فى م : « وعن عمر » .

(13) فى ا ، ب ، م : « بتغيير » .

كلِّ امرأةٍ مُعْتَبَرٌ[١٤] بنفسِها ، ولذلك لو ثَبَتَتْ عُنَّتُه فى حَقِّهِنَّ ، فرَضِىَ بعضُهنَّ ، سَقَطَ حَقُّها وحدَها دُونَ الباقِياتِ ، ولأنَّ الفَسْخَ لدَفْعِ الضَّرَرِ الحاصلِ بالعَجْزِ عن وَطْئِها ، وهو ثابتٌ فى حَقِّها لا يَزُولُ بوَطْءِ غيرِها . وقوله : كيف يَصِحُّ عَجْزُه عن واحدةٍ دُونَ أُخْرَى ؟ قُلْنا : قد تَنْهَضُ شَهْوَتُه فى حَقِّ إحْداهما ، لِفَرْطِ حُبِّه إيَّاها ، ومَيْلِه إليها ، واخْتِصاصِها بجَمالٍ[١٥] ونحوِه[١٦] دون الأُخْرَى . فعلى هذا ، لو تَزَوَّجَ امرأةً فأصَابَها ، ثم أبَانَها ، ثم تزَوَّجَها ، فعَنَّ عنها ، فلها المُطالبةُ ؛ لأنَّه إذا جازَ أن يَعِنَّ عن امرأةٍ دون أُخْرَى ، ففى نِكاحٍ دون نكاحٍ أَوْلَى . وعلى قولِ أبى بكرٍ ومَنْ وافَقَه : لا يَصِحُّ هذا ، بل متى وَطِئَ مَرَّةً[١٧] ، لم تَثْبُتْ عُنَّتُه أبدًا .

١١٩٢ – مسألة ؛ قال : (وَإِنْ جُبَّ قَبْلَ الْحَوْلِ ، فَلَهَا الْخِيارُ فِى وَقْتِهَا)

كأنَّ الْخِرَقِىَّ أراد : إذا ضُرِبَتْ له المدةُ فلم يُصِبْها حتى جُبَّ ، ثَبَتَ لها الخِيارُ فى الحالِ . لأنَّنا نَنْتَظِرُ الحَوْلَ لنَعْلَمَ عَجْزَه ، وقد عَلِمْناه هٰهُنا يَقِينًا ، فلا حاجةَ إلى الانْتظارِ . قال القاضى : ويَلْزَمُ على هذا أنَّ سائرَ العُيُوبِ الحادِثةِ بعدَ العَقْدِ ، يَثْبُتُ بها الخِيارُ ؛ فإنَّ الخِيارَ هٰهُنا إنَّما ثَبَتَ[١] بالجَبِّ الحادثِ ، ولَوْلاه لم يَثْبُت الفَسْخُ ؛ لأنَّنا لم نَتَيَقَّنْ عُنَّتَه ، والجَبُّ حادِثٌ ، فلما ثَبَتَ الفَسْخُ به ، عُلِمَ أنَّه إنَّما اسْتُحِقَّ بالعَيْبِ الحادِثِ . وفى بعضِ النُّسَخِ : « قبلَ الدُّخُولِ » . ومعناهما واحدٌ . ويَحْتَمِلُ أنَّه إنَّما اسْتَحَقَّ الفَسْخَ هٰهُنا بالجَبِّ الحادِثِ ؛ لأنَّه مُتَضَمِّنٌ[٢] مَقْصُودَ العُنَّةِ فى العَجْزِ عن الوَطْءِ ، ومُحَقِّقٌ للمَعْنَى الذى ادَّعَتْه المرأةُ ، بخِلافِ غيرِه من العُيُوبِ . واللهُ أعلمُ .

---

(١٤) فى الأصل : « يعتبر » .

(١٥) فى ب : « بحال » .

(١٦) فى م : « وجهها » .

(١٧) فى ا : « امرأة » .

(١) فى ب ، م : « يثبت » .

(٢) سقط من : الأصل .

١١٩٣ ـ مسألة ؛ قال : (وَإنْ زَعَمَ أنَّه قَدْ وَصَلَ إلَيْهَا ، وادَّعَتْ أنَّهَا عَذْراءُ ، أُرِيَتِ النِّسَاءَ الثِّقاتَ ، فَإنْ شَهِدْنَ[1] بِمَا قَالَتْ ، أُجِّلَ سَنَةً)

وجملتُه أنَّ المرأةَ إذا ادَّعَتْ عُنَّةَ زَوْجِها ، فزَعَمَ أنَّه وَطِئَها ، وقالتْ : إنها عَذْراءُ . أُرِيتْ النِّساءَ[2] ، فإن شَهِدْنَ بعُذْرَتِها ، فالقولُ قولُها ، ويُؤَجَّلُ . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وإنَّما كان[3] كذلك ؛ لأنَّ الوَطْءَ يُزِيلُ عُذْرَتَها ، فوُجُودُها يَدُلُّ على عَدَمِ الوَطْءِ ، فإن ادَّعَى أن عُذْرَتَها عادَتْ بعدَ الوَطْءِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ هذا بَعِيدٌ جدًّا ، وإن كان مُتَصَوَّرًا . وهل تُسْتَحْلَفُ المرأةُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، تُسْتَحْلَفُ ؛ لإزالةِ / هذا الاحْتمالِ ، كما يُسْتَحْلَفُ سائرُ مَنْ قُلْنَا : القولُ قولُه . والآخَرُ ، لا تُسْتَحْلَفُ ؛ لأنَّ ما يَبْعُدُ جدًّا لا الْتِفاتَ إليه ، كاحْتِمَالِ[4] كَذِبِ البَيِّنةِ العادِلةِ ، وكَذِبِ المُقِرِّ فى إقْرارِه . وهل يُقْبَلُ قولُ امْرأةٍ واحدةٍ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . وهذا الذى ذكَره الْخِرَقِىُّ فيما إذا اخْتَلَفا فى ابْتِداءِ الأمْرِ قبلَ ضَرْبِ الأجَلِ ، فإن اخْتلَفا فى ذلك بعدَ ضَرْبِ المُدّةِ ، وشَهِدَ النِّساءُ بعُذْرَتِها ، لم تَنْقَطِعِ المُدّةُ . وإن كان بعدَ انْقِضاءِ المدةِ فحُكْمُه حُكْمُ[5] من اعْتَرَفَ أنَّه[6] لم يَطَأْها . وفى كلِّ موضعٍ شَهِدَ النساءُ بزَوَالِ عُذْرَتِها ، فالقولُ قولُه ، فيَسْقُطُ[7] حكمُ قَوْلِها ؛ لأنَّه تَبَيَّنَ كَذِبُها . وإن ادَّعَتْ أنَّ عُذْرَتَها زالتْ بسببٍ آخرَ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأصْلَ عدمُ الأسْبابِ .

٧/١٠٢و

١١٩٤ ـ مسألة ؛ قال : (وَإنْ كَانَتْ ثَيِّبًا ، وادَّعَى أنَّه يَصِلُ إلَيْهَا ، أُخْلِيَ مَعَهَا فِى

---

(١) فى م : « شهدت » .

(٢) فى الأصل : « للنساء » .

(٣) فى ا ، ب ، م : « كانت » .

(٤) فى ب ، م : « لاحتمال » .

(٥) فى م : « كحكم » .

(٦) فى الأصل : « بأنه » .

(٧) فى الأصل ، ا : « وسقط » . وفى ب : « فسقط » .

بَيْتٍ ، وقِيلَ لَهُ : أَخْرِجْ ماءَكَ عَلَى شَيْءٍ . فَإِنِ ادَّعَتْ[1] أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنِيٍّ ، جُعِلَ عَلَى النَّارِ ، فَإِنْ ذَابَ فَهُوَ مَنِيٌّ ، وبَطَلَ قَوْلُهَا . وقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللهِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، رِوَايةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُه مَعَ يَمِينِه)

اخْتلَفت الرِّواية عن أبي عبدِ الله ، رَحِمَهُ اللهُ ، في هذه المسألةِ ، فحَكَى الْخِرَقِيُّ فيها رِوايَتَيْنِ ؛ إحداهما ، أنَّه يُخْلَى معها ، ويقال له[2] : أَخْرِجْ ماءَكَ على شيءٍ . فإن أخْرَجَه ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ العِنِّينَ يَضْعُفُ عن[3] الإنْزالِ ، فإذا أَنْزَلَ تَبَيَّنَّا صِدْقَه ، فنَحْكُمُ به . وهذا مذهبُ عَطاءٍ . فإن ادَّعَتْ[1] أنَّه ليس بمَنِيٍّ ، جُعِلَ على النارِ ، فإن ذابَ فهو مَنِيٌّ ؛ لأنَّه شَبِيهٌ[4] ببَياضِ[5] البَيْضِ ، وذاك إذا وُضِعَ على النارِ تجَمَّعَ ويَبِسَ ، وهذا يذوبُ ، فيتَمَيَّزُ[6] بذلك أحَدُهُما من الآخَرِ ، فيُخْتَبَرُ به . وعلى هذا متى عَجَزَ عن إخراجِ مائِه[7] ، فالقولُ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّ الظَّاهرَ معها . والرِّواية الثانية ، القولُ قولُ الرَّجُلِ مع يَمينِه . وبهذا قال الثوريُّ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأصْحابُ الرَّأْيِ ، وابنُ الْمُنْذِرِ ؛ لأنَّ هذا ممَّا يَتَعَذَّرُ إقامةُ البَيِّنَةِ عليه ، وجَنْبَتُه أقْوَى ، فإنَّ في[8] دَعْواه سَلامةَ العَقْدِ ، وسلامةَ نَفْسِه من[9] العُيُوبِ ، والأصْلُ السَّلامةُ ، فكان القولُ قولَه ، كالمُنْكِرِ في سائرِ الدَّعاوَى ، وعليه اليمينُ على صِحَّةِ ما قال . وهذا قولُ مَنْ سَمَّيْنا هـٰهُنا ؛ لأنَّ قولَه مُحْتَمِلٌ للكَذِبِ ، فقَوَّيْنا قولَه بيَمِينه ، كما في سائرِ الدَّعاوَى التي يُسْتَحْلَفُ فيها . فإن

---

(١) في م : « ادعيت » .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) في ا ، ب ، م : « على » .

(٤) في الأصل : « يشبه » .

(٥) في ب : « بياض » .

(٦) في ب : « فتميز » .

(٧) في ب : « المنى » .

(٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(٩) في ب : « في » .

١٠٢/٧ظ نَكَلَ ، قُضِيَ عليه بنُكُولِه ، ويدلُّ على وُجُوبِ اليمينِ / عليه قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « ولَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »[١٠] . قال القاضى : ويتخرَّجُ أن لا يُسْتَحْلَفَ ، بناءً على إنْكارِهِ دَعْوَى الطَّلاقِ ، فإنَّ فيها روايتَيْنِ ، كذا هٰهُنا . والصَّحيحُ ما قال الْخِرَقِىُّ ؛ لدَلالةِ الخَبَرِ والمعنى عليه . ورُوِىَ عن أحمدَ ، رِوَايةٌ ثالثة ، أنَّ القولَ قولُ المرأةِ مع يَمينِها . حكاها القاضى فى « المُجَرَّدِ » ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الإصابةِ ، فكان القولُ قولَها ، لأنَّ قَوْلَها مُوافِقٌ للأصْلِ ، واليَقِينُ معها . وفى كلِّ موضعٍ حَكَمْنا بوَطْئِه ، بَطَلَ حُكْمُ عُنَّتِه ، فإن كان فى ابتداءِ الأمْرِ ، لم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ . وإن كان بعدَ ضَرْبِ المُدَّةِ ، انْقَطَعَتْ . وإن كان بعدَ انْقِضائِها ، لم يَثْبُتْ لها خِيارٌ . وكلُّ موضعٍ حَكَمْنا بعَدَمِ الوَطْءِ منه ، ثَبَتَ حكمُ عُنَّتِه ، كما لو أقَرَّ بها . واختار أبو بكرٍ أنَّه يُزَوَّجُ امْرأةً لها حَظٌّ من الجمالِ ، وتُعْطَى صَدَاقَها من بيتِ المالِ ، ويُخْلَى معها ، وتُسْأَلُ عنه ، ويُؤْخَذُ بما تَقُولُ ، فإن أخْبَرَتْ أنَّه يَطَأُ ، كُذِّبَتِ الأُولَى ، والثانية بالخِيارِ بين الإقامةِ والفَسْخِ ، وصَدَاقُها من بيتِ المالِ . وإن كَذَّبَتْه ، فُرِّقَ بينَه وبينَهما ، وصَدَاقُ الثانيةِ من مالِه هٰهُنا ؛ لما رُوِىَ أنَّ امرأةً جاءت إلى سَمُرَةَ ، فشَكَتْ إليه أنَّه لا يَصِلُ إليها زَوْجُها ، فكَتَبَ إلى معاويةَ ، فكَتَبَ إليه ، أن زَوِّجْهُ بامْرأةٍ ذاتِ جمالٍ ، يُذْكَرُ عنها الصَّلاحُ ، وسُقْ إليها المَهْرَ من بيتِ المالِ عنه ، فإن أصابَها فقد كَذَبَتْ ، وإن لم يُصِبْها فقد صَدَقَتْ . فَفَعلَ ذلك سَمُرةُ ، فجاءت المرأةُ فقالت : ليس عندَه شىءٌ . ففَرَّقَ بينهما . وقال الأوْزَاعِىُّ : يَشْهَدُه امْرَأتان ، ويُتْرَكُ بينهما ثَوْبٌ ، ويُجامِعُ امْرَأتَه ، فإذا قام عنها نَظَرَتا إلى فَرْجِها ، فإن كان فيه رُطُوبةُ الماءِ فقد صَدَقَ ، وإلَّا فلا . وحُكِىَ عن مالكٍ مثلُ ذلك ، إلَّا أنَّه اكْتَفَى بواحِدَةٍ . والصحيحُ أنَّ القولَ قولُه ، كما لو ادَّعَى الوَطْءَ فى الإيلاءِ ، ولما[١١] قدَّمْنا . واعتبارُ خُرُوجِ الماءِ ضَعِيفٌ ؛ لأنَّه قد يَطَأُ ولا يُنْزِلُ ، وقد يُنْزِلُ من غيرِ وَطْءٍ ، فإنَّ ضَعْفَ الذَّكَرِ لا يَمْنَعُ سلامةَ الظَّهْرِ ونُزُولَ الماءِ ، وقد يَعْجِزُ السليمُ القادِرُ عن

---

(١٠) تقدم تخريجه فى : ٦ / ٥٢٥ .

(١١) فى ب : « وكما » .

الوَطْءِ فى بعضِ الأَحْوالِ ، وليس كلُّ مَنْ عَجَزَ عن الوَطْءِ فى حالٍ من الأحوالِ ، أو وقتٍ من الأوقاتِ ، يكونُ عِنِّينًا ، ولذلك جَعَلْنا مُدَّتَه سنةً ، وتَزْوِيجُه[12] بامرأةٍ ثانيةٍ ، لا يَصِحُّ لذلك أيضا ، ولأنَّه قد يَعِنُّ عن امرأةٍ دُونَ أُخْرَى ، ولأَنَّ نِكاحَ الثانيةِ إن كان مُوَقَّتًا أو غير لازمٍ ، فهو نِكاحٌ باطلٌ ، والوَطْءُ فيه حَرَامٌ ، وإن كان / صَحِيحًا لازِمًا[13] ، ففيه إضْرارٌ بالثانية ، ولا يَنْبغى أن يُقْبَلَ قولُها ؛ لأنَّها تُرِيدُ بذلك تَخْلِيصَ نَفْسِها ، فهى مُتَّهَمةٌ فيه ، وليستْ بأَحَقَّ أن يُقْبَلَ قولُها من الأُولَى ، ولأنَّ الرَّجُلَ لو أقَرَّ بالعَجْزِ عن الوَطْءِ فى يومٍ أو شهرٍ ، لم تَثْبُتْ عُنَّتُه بذلك ، وأكثرُ ما فى الذى ذكَروه ، أن يَثْبُتَ عَجْزُه عن الوَطْءِ فى اليومِ الذى اخْتَبَرُوه فيه ، فإذا لم يَثْبُتْ حُكْمُ[14] عُنَّتِه بإقْرارِه بعَجْزِه ، فلأن لا يَثْبُتَ بدَعْوَى غيرِه ذلك عليه أَوْلَى .

103/7و

1195 – مسألة ؛ قال : (**وَإِذَا قَالَ الخُنْثَى الْمُشْكِلُ : أَنَا رَجُلٌ . لَمْ يُمْنَعْ مِنْ نِكَاحِ النِّسَاءِ ، ولَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ بِغَيْرِ ذٰلِكَ بَعْدُ ، وكَذٰلِكَ لَوْ سَبَقَ ، فَقَالَ : أَنَا[1] امْرَأَةٌ . لَمْ يَنْكِحْ إلَّا رَجُلًا**)

الخُنْثَى : هو الذى له[2] فى قُبُلِه فَرْجانِ ؛ ذَكَرُ رَجُلٍ ، وفَرْجُ امْرأَةٍ . ولا يخْلُو من أن يكونَ ذَكَرًا أو أُنْثى ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَأَنَّهُ خَلَقَ ٱلزَّوْجَيْنِ ٱلذَّكَرَ وَٱلْأُنثَىٰ ﴾[3] . وقال تعالى : ﴿ وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ﴾[4] . فليس ثَمَّ خَلْقٌ ثالثٌ . ولا يَخْلُو الخُنْثَى من أن يكونَ مُشْكِلًا ، أو غير مُشْكِلٍ ، فإن لم يَكُنْ مُشْكِلًا بأن تَظْهَرَ فيه

(12) فى م : « وتزوجه » .
(13) فى م : « لازمه » .
(14) سقط من : م .
(1) سقط من : الأصل .
(2) سقط من : م .
(3) سورة النجم 45 .
(4) سورة النساء 1 .

عَلاماتُ الرِّجالِ ، فهو رَجُلٌ له أحكامُ الرِّجالِ ، أو تَظْهَرَ فيه علاماتُ النِّساءِ ، فهو امرأةٌ له أحْكامُهُنَّ . وإن كان مُشْكِلًا ، فلم تَظْهَرْ فيه علاماتُ الرجالِ ولا النساءِ ، فاخْتلفَ أصحابُنا فى نِكاحِه ، فذكر الخِرَقِىُّ أنَّه يُرْجَعُ إلى قَوْلِه ، (٥ فإن ذَكَرَ أنَّه رَجُلٌ ، وأنه يَمِيلُ طَبْعُه ٥) إلى نِكاحِ النساءِ ، فله نِكاحُهُنَّ . وإن ذَكَرَ أنَّه امرأةٌ ، يَميلُ طَبْعُه إلى الرِّجالِ ، زُوِّجَ رَجُلًا ؛ لأنَّه مَعْنًى لا يُتَوصَّلُ إليه إلَّا من جِهَتِه ، وليس فيه إيجابُ حَقٍّ على غيرِه ، فقُبِلَ قولُه فيه ، كما يقبلُ قولُ المَرْأةِ فى حَيْضِها(٦) وعِدَّتِها . وقد يَعْرِفُ نَفْسَه بمَيْلِ طَبْعه إلى أحدِ الصِّنْفَيْنِ وشَهْوَتِه له ، فإنَّ اللهَ تعالى أجْرَى العادةَ فى الحيواناتِ بمَيْلِ الذَّكَرِ إلى الأُنْثَى ومَيْلِها إليه ، وهذا المَيْلُ أمْرٌ فى النَّفْسِ والشَّهْوةِ ، لا يَطَّلِعُ عليه غيرُه ، وقد تَعَذَّرَتْ علينا مَعْرِفةُ عَلاماتِه الظَّاهرةَ ، فرُجِعَ فيه إلى الأُمُورِ الباطِنَةِ ، فيما يَخْتَصُّ هو بحُكْمِه . وأمَّا المِيراثُ والدِّيَةُ ، فإن أقَرَّ على نَفْسِه بما يُقَلِّلُ مِيرَاثَه أو دِيَتَه ، قُبِلَ منه ، وإن ادَّعَى ما يَزِيدُ ذلك ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فيه ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُه على غيرِه . وما كان من عِباداتِه وسُتْرَتِه(٧) وغيرِ ذلك ، فيَنْبَغِى أن يُقْبَلَ قولُه فيه ؛ لأنَّه حكمٌ بينه وبين الله تعالى . قال القاضى : ويُقْبَلُ قولُه فى الإمَامةِ ، ووِلايةِ النِّكاحِ ، وما لا يُثْبِتُ / حَقًّا على غيرِه . وإذا زُوِّجَ امْرأةً أو رَجُلًا ، ثم عاد فقال خِلافَ قولِه الأوَّلِ ، لم يُقْبَلْ قولُه(٨) فى التَّزْويجِ بغير الجِنْسِ الذى زُوِّجَه أوَّلًا ؛ لأنَّه مُكَذِّبٌ لنَفْسِه ، ومُدَّعٍ ما يُوجِبُ الجَمْعَ بين تَزْوِيجِ الرِّجالِ والنساءِ ، لكن إن تَزَوَّجَ امْرأةً ، ثم قال : أنا امْرأةٌ ، انْفَسَخَ نِكاحُه ؛ لإقْرارِه بِبُطْلانِه ، ولا يُقْبَلُ قولُه فى سُقُوطِ المَهْرِ عنه . وإن تَزَوَّجَ رَجُلًا ثم قال(٩) : أنا رَجُلٌ . لم يُقْبَلْ قولُه فى فَسْخِ نِكاحِه ؛ لأنَّ الحَقَّ عليه . وهذا قولُ الشافعىِّ . وقال أبو بكرٍ : لا

١٠٣/٧ ظ

(٥ - ٥) فى الأصل : « فإن قال : أنا رجل ، وأن طبعه يميل » .

(٦) فى م : « حيضتها » .

(٧) فى الأصل : « وسيرته » .

(٨) سقط من : م .

(٩) فى ا ، ب ، م : « وقال » .

يَجُوزُ أن يتزَوَّجَ[١٠] حتى يَبِينَ أمْرُه . وذكَره نصًّا عن أحمدَ ، فى رِوَايةِ المَيْمُونِىِّ . وهذا الذى ذكَره أبو إسحاقَ مَذْهبًا للشافعىِّ ؛ وذلك لأنَّه لم يتحقَّقْ وُجُودُ ما يُبِيحُ له النِّكاحَ . فلم يُبَحْ له ، كما لو اشْتَبَهَتْ عليه أُخْتُه بنِسْوةٍ ، وكما لو لم يَقُلْ إنِّى رَجُلٌ ولا امْرَأة ، ولأنَّ قولَه لا يُرْجَعُ إليه فى شىءٍ من أحْكامِه من المِيراثِ والدِّيَةِ وغيرِهما ، فكذلك[١١] ، فى نِكاحِه ، ولأنَّه لا يَعْرِفُ نَفْسَه كما لا يَعْرِفُه غيرُه ، ولأنَّه قد اشْتَبَهَ المُباحُ بالمَحْظورِ فى حَقِّه ، فحُرِّمَ كما ذكَرْناه .

١١٩٦ – مسألة ؛ قال : (**وَإذَا أصَابَ الرَّجُلُ أوْ أُصِيبَتِ الْمَرْأةُ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ والْبُلُوغِ بِنِكاحٍ صَحِيحٍ ، ولَيْسَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِزَائِلِ الْعَقْلِ ، رُجِمَا إذَا زَنَيَا ، والمُسْلِمُ والْكَافِرُ الْحُرَّانِ فِيمَا وَصَفْتُ سَوَاءٌ**)

ذكَر الْخِرَقِىُّ ، رَحِمَه اللهُ ، فى هذا الباب شَرَائِطَ الإحْصانِ . ونحن نُؤَخِّرُه إلى الحُدُودِ ، فإنَّه أخَصُّ به . واللهُ تعالى أعلمُ .

---

(١٠) فى ا زيادة : « خنثى » .

(١١) سقط من : ب ، م .